

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

ESSAI
SUR LA
THÉORIE DU DOL
EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 13 Novembre 1897, à une heure et demie du soir

PAR

E. DUBUISSON

Bibliothécaire de l'Université de Dijon;

Sous la présidence de M. DESSERTAUX, *professeur*.

Suffragants { MM. RENARDET, *professeur*.
ROUX, *agréé*.



DIJON
IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER
40, RUE DES FORGES, 40

1897



ESSAI

SUR LA

THÉORIE DU DOL

EN DROIT ROMAIN

THÈSE POUR LE DOCTORAT

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON

Le samedi 13 Novembre 1897, à une heure et demie du soir

PAR

E. DUBUISSON

Bibliothécaire de l'Université de Dijon;

Sous la présidence de M. DESSERTAUX, *professeur*.

Suffragants { MM. RENARDET, *professeur*.
ROUX, *agrégé*.



DIJON

IMPRIMERIE BARBIER-MARILIER

40, RUE DES FORGES, 40

—
1897



A MON BEAU-PÈRE

M. LOUIS CHAUVIN

Notaire honoraire

A MA FEMME

A MES ENFANTS

Souvenir de profonde affection.

ERRATA

Page 31, ligne 8. — *Au lieu de* : Cet article, *lire* : Cet arbitre.

Page 40, ligne 9. — *Au lieu de* : Livre III, tit. 6, *lire* : Livre III, titre 5.

Page 67. — Supprimez la troisième ligne.

Page 70, ligne 31. — *Au lieu de* : XII, 6, *lire* : XII, 5.

Page 71, ligne 7. — *Au lieu de* : XII, 6, *lire* : XII, 5.

Page 75, ligne 13. — *Au lieu de* : Titre VIII, *lire* : Liv. IV, titre 7.

Page 89, ligne 9. — *Au lieu de* : auctoris, *lire* : emptoris.

Page 110, ligne 11. — *Au lieu de* : exemption, *lire* : exception.

Page 144, ligne 17. — *Au lieu de* : solvable, *lire* : insolvable.

Page 175, ligne 12. — *Au lieu de* : dol réel, *lire* : droit réel.

Page 181, ligne 9. — *Au lieu de* : La loi 19, § 5, *lire* : La loi 19.

Page 183, ligne 4. — *Au lieu de* : Dig. XLVI, 1, *lire* : Dig. XLV, 1.

Page 202, ligne 25. — *Au lieu de* : Dig. XI, 2, *lire* : Dig. IX, 2.

Page 212, ligne 3. — *Au lieu de* : deux, *lire* : quatre.

Page 213, ligne 18. — *Au lieu de* : b), *lire* : b), 2^e cas.

Page 217, ligne 15. — *Au lieu de* : loi 1, § 2, *lire* : loi 1, § 6.

Page 220. — Mettez les lignes 13 à 19 avant les lignes 10, 11 et 12.

Page 243, ligne 5. — *Au lieu de* : XIII, 17, *lire* : XV, 1.

INTRODUCTION

1. La plupart des jurisconsultes se sont plu à reconnaître qu'il existe entre le droit et la philosophie les relations les plus étroites ; et par là, ils veulent entendre qu'au fond de certaines grandes questions juridiques on pourrait découvrir un fait dont l'étude aurait sa place toute marquée en psychologie, ou même en métaphysique.

Que si, pour notre part, nous avons repris cette idée dont la banalité a ce fait pour excuse que les idées banales sont, très souvent, des idées simplement inévitables, c'est que la question du dol, qui fait l'objet de cette étude, est précisément l'une de celles où les relations de la philosophie et du droit se manifestent avec le plus d'évidence.

Qu'est-ce que le dol, en effet, abstraction faite de toute définition technique, sinon la forme pour ainsi dire générale, l'aspect en quelque sorte typique, d'une infinité d'actes délictueux, et, par conséquent, l'une des principales raisons d'être de la loi et de la science des lois ?

Et, d'autre part, ne peut-on pas affirmer que le dol est la manifestation, toujours diverse en apparence, au fond toujours la même, d'une tendance immanente à la nature humaine ?

Du moment, en effet, que deux hommes se trouvent en présence avec des intérêts différents, sinon oppo-

sés, on peut soutenir, sans être pessimiste pour autant, que l'un d'eux au moins s'efforcera de faire prévaloir son intérêt, et, pour ce faire, n'hésitera pas à demander à son imagination la conception de cette fraude que nous appelons le dol et que Labéon désignait d'un nom significatif : *machinatio*.

Est-ce à dire que l'homme, par ce fait qu'il est homme, soit fatalement poussé à se faire dupeur, s'il ne veut être dupé ? En d'autres termes, est-ce à dire que le dol réponde à un besoin impérieux et nécessaire de la nature humaine ?

On ne peut, on ne doit pas répondre par une affirmation à la légère, ou par une négation de parti pris, à cette question qui touche à l'un des problèmes les plus obscurs de la métaphysique ; et cette question, dans sa brutale simplicité, se posera indéfiniment à l'esprit humain.

En tous cas, et sans aller plus avant dans le domaine de la pure spéculation, on peut, sans crainte d'erreur, affirmer que le dol a son fondement dans l'intérêt, c'est-à-dire dans l'égoïsme, c'est-à-dire enfin dans cette loi psychologique dont La Rochefoucault a montré l'universel empire et que Spinoza a définie « la tendance de chacun à persévérer dans son être ».

Du reste, un phénomène aussi général et aussi humain nous paraît être un fondement suffisant pour un acte aussi général et aussi humain que le dol. Et c'est assez, ce nous semble pour démontrer l'importance philosophique de cette question, dont, par ailleurs, il serait puéril de vouloir montrer l'importance au point de vue juridique.

2. Au surplus, le droit a pour mission de préciser la limite exacte où commence le dol, de l'atteindre par-

tout où il se rencontre et d'en assurer le plus exactement possible la répression. Pour la solution de ce problème délicat, le législateur moderne ne doit pas dédaigner de remonter aux analyses faites par les juristes de Rome. Le nouveau Code civil allemand, par son retour aux idées romaines sur bien des points, en est la preuve.

Sans entrer dans des détails, il est facile de comprendre que, dans bien des cas, on ne pourra arriver à effacer les effets du dol que par le paiement d'une indemnité à la victime. Chez les Romains, en dehors du cas où le dol avait déterminé une erreur destructive du consentement et où le contrat était nul, non pas à raison du dol, mais à raison de l'erreur, en dehors de ce cas, disons-nous, le dol n'empêchait d'exister ni le consentement, ni par conséquent le contrat. Il ne pouvait donc être question que d'une indemnité. Or, tandis que les autres législations parlent d'indemnité, soit à propos de l'inexécution des contrats, soit à propos du délit civil (Code civil, art. 1149 et suivants), le Code civil allemand étudie l'obligation d'indemnité en elle-même, indépendamment de la cause qui lui a donné naissance. Il introduit la règle qu'il ne doit s'agir que du gain prévu (art. 252). D'autre part, d'après l'art. 249, la réparation ne peut être exigée qu'en nature et exceptionnellement en argent. Le premier projet n'avait excepté que le cas d'impossibilité; le second et le texte définitif exceptent aussi celui où la restitution en nature occasionnerait des dépenses trop fortes (art. 251). Enfin, en cas de faute mutuelle, il faut savoir laquelle des deux parties est le plus en faute (art. 254); en outre, la partie lésée a le devoir d'appeler l'attention de celle qui a causé la lésion sur le montant extraordinaire du pré-

judice, ce qui est bien sévère pour la victime. Lors de la discussion, le député Haussmann s'éleva vivement contre cette obligation de la partie lésée ; le rapporteur la défendit en disant qu'il s'agissait ici, non du dommage ordinaire, mais de celui entre contractants (1). Mais le principe est dans tous les cas celui de la réparation intégrale fondée sur ces deux éléments traditionnels : la perte réalisée et le gain manqué, ce que les Romains appelaient le *damnum emergens* et le *lucrum cessans*.

La source d'inspiration du nouveau Code civil allemand a donc été en cette matière le Droit romain. « Il ne faut pas s'en étonner, dit M. Saleilles, car il devait en être ainsi en Allemagne, où le droit des Pandectes a continué de former, sous le nom de droit commun, la législation subsidiaire du pays. Tous les grands principes de la législation romaine se trouvent reproduits dans le projet — et, nous ajouterons, dans le Code lui-même — dans ce qu'ils avaient de profondément rationnel et d'essentiellement juridique (2).

(1) Code civil allemand, traduit par de la Grasserie, p. 57, note 4.

(2) Saleilles. Théorie de l'obligation, d'après le projet du Code civil allemand, p. 2.

PREMIÈRE PARTIE

DÉFINITION

ET NOTIONS HISTORIQUES

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Notion du Dol.

3. La notion du dol a subi de nombreuses vicissitudes en droit romain, et sa définition a été laborieuse. L'ami de Cicéron, Aquilius Gallus, qui, nous le verrons, introduisit le premier dans l'Edit les formules de l'action et de l'exception de dol, fut aussi le premier qui donna une définition du dol. Cicéron nous rapporte cette définition dans deux passages de ses œuvres : « *Dolum Aquilius tunc teneri putat, cum aliud sit simulatum, aliud actum* (1). » — *Cum ex eo (Aquilius) quæreretur quid esset dolus malus respondebat : Cum esset aliud simulatum, aliud actum* (2). » Cette définition, incomplète malgré les éloges de Cicéron (3), fut modifiée deux fois : d'abord par Servius Sulpicius, puis par Labéon. La loi 1, § 2, *De dolo*, Dig., liv. IV, titre 3, nous l'apprend : « *Dolum malum Servius quidem ita defi-*

(1) Cicéron, *De natura deorum*, liv. III, cap. 30.

(2) Cicéron, *De officiis*, liv. III, cap. 14.

(3) Cicéron l'appelle « un filet où se prennent tous les fripons », *everriculum omnium malitiarum*.

nit : machinationem quamdam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur, aliud agitur. Labeo autem, posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniat; posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari : sicuti faciunt qui per ejusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua, vel aliena. Itaque ipse sic definiit dolum malum esse : omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibitam. »

Ce texte contient deux définitions, l'une moins large et l'autre plus complète. La première, celle de Servius, ne diffère que par la forme de celle d'Aquilius Gallus, que Cicéron comparait à « un filet aux mailles serrées ne laissant échapper aucun fait dolosif. » Servius n'a fait qu'ajouter les mots « *alterius decipiendi causâ* », qui étaient compris implicitement dans le texte d'Aquilius Gallus.

4. L'importance d'une définition exacte est grande en cette matière. Il fallait embrasser tous les faits, car nous sommes en matière pénale où tout est *stricti juris*. Aussi Labéon est-il exigeant et critique-t-il doublement la définition de Sulpicius :

1° Il remarque qu'on peut nuire à autrui de mauvaise foi, sans recourir à aucune simulation ;

2° Il observe qu'on peut simuler une chose, et même tromper quelqu'un, sans qu'il y ait *dolus malus*.

Donc la définition de Sulpicius n'est pas bonne, selon Labéon.

Reprenons ces deux critiques :

a) La première consiste à dire qu'on peut nuire à autrui de très mauvaise foi et sans simuler quoi que ce soit. Cette première partie de la critique de Labéon

est très exacte. Toutefois, quand il s'agit de faits dolosifs qui tendent à faire agir la victime sous l'empire de l'erreur, la définition de Gallus peut sembler suffisante. Et pourtant, même dans le cas où le dol peut exister sans aucune simulation, la loi 14, § 13, *Quod metus causa*, Dig., liv. IV, titre 2, nous indique un exemple où un acte juridique a été extorqué par violence à quelqu'un. Il n'y a aucune simulation et pourtant il y a dol. La définition de Sulpicius serait donc mauvaise dans ce cas. — Mais, même dans le cas de *dol pur*, c'est-à-dire dans les hypothèses où le dol consiste dans un préjudice matériel et juridique accompli directement par le coupable, la définition de Sulpicius est encore trop étroite. Par exemple : c'est un débiteur verbal qui livre un fond après l'avoir dégradé de mauvaise foi ; ou bien, c'est le nu-propriétaire d'un *area* qui élève une construction pour éteindre l'usufruit *mutatione rei*. Il y a dol sans simulation dans ces deux cas et la définition de Sulpicius est incomplète.

Nous concluons de là que Sulpicius et Gallus s'étaient placés surtout au point de vue de l'effet du dol sur le consentement, et n'avaient pas envisagé les autres cas.

b) En second lieu, Labéon fait observer qu'on peut simuler une chose sans qu'il y ait dol ; et il cite comme exemple ceux qui emploient la simulation dans un but de légitime défense. On pourrait ajouter le cas de ceux qui emploient la dissimulation pour faire accepter un bienfait à autrui : ce sont des ruses honnêtes.

Cette seconde critique n'est pas très sérieuse. Sans doute, l'idée de Labéon est exacte, mais la définition de Sulpicius ne méritait pas cette critique, car elle embrassait implicitement l'intention de nuire. Aussi, croyons-nous que Labéon a voulu critiquer « les mots »

dans la définition de Sulpicius plutôt que le fond de la pensée. Labéon était un philologue, et le mot « *decipere* » signifie seulement « *induire en erreur* », et non pas « *tromper* », dans le sens mauvais du mot. Aussi la définition de Sulpicius a-t-elle été rectifiée par Pedius (1) qui écrit « *circumscribere* » au lieu de « *decipere* ».

Labéon définit le dol « toute ruse, tromperie, manœuvre employée dans le but de décevoir, tromper et frustrer autrui ». Sa définition est aussi large que possible; on lui a reproché d'être trop vague, mais cette critique est peu fondée, car tout dans cette matière se ramène à une question d'appréciation, et la définition est vague parce qu'elle devait tout comprendre.

Ulpien déclare accepter cette définition de Labéon, « *Labeonis definitio vera est* ». Et pourtant on a essayé de le mettre en contradiction avec lui-même en invoquant la loi 7, § 9, *De pactis. Dig.*, liv. II, titre 14. Dans ce texte, Ulpien approuve une définition du dol donnée par Pedius, et qui n'est autre chose que la définition de Sulpicius Servius. Or, Ulpien l'approuve, comme ailleurs il approuve Labéon : donc il se contredit. Mais c'est là une mauvaise chicane. Dans la loi 7, § 9, *De pactis*, Ulpien envisage le dol, non pas en général, mais au point de vue spécial des pactes. Or, à ce point de vue spécial, la définition de Sulpicius est très exacte.

5. On peut voir, par ce qui précède, que le dol suppose nécessairement deux choses : l'intention de nuire à autrui, et un préjudice résultant de cette intention. Mais il peut arriver que certains faits ou cer-

(1) Loi 7, § 9. *De pactis*, Dig. II, 14.

taines paroles causent véritablement un préjudice à autrui, sans que ces faits ou ces paroles soient précédés de « l'intention de nuire » dans le sens absolu du mot. Cela arrive tous les jours dans la pratique des affaires : c'est l'habileté commerciale, par exemple, et personne ne songe à y voir le moindre dol. Les Romains, cependant, admettaient qu'il y avait là un dol, mais ils le distinguaient par une épithète qui jure un peu avec le mot lui-même.

Cette distinction nous est indiquée par la loi 1, § 3, *Dig. De dolo malo*, IV, 3. « *Non fuit autem contentus prætor dolum dicere, sed adjecit malum; quoniam veteres dolum etiam bonum dicebant et pro solertiâ hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.* — Ainsi les anciens admettaient deux sortes de dol. Ce *dolus bonus* peut consister dans la *solertia*, c'est-à-dire dans l'habileté employée par l'une des parties dans le but d'obtenir des conditions avantageuses. Je vante ma marchandise ; je fais des affirmations vagues et générales sur sa bonté ; je déclare que la maison est bien bâtie, le fonds de terre fertile, le cheval vigoureux ; l'acheteur n'est pas abusé par ces déclarations, il doit savoir que tout vendeur loue sa marchandise ; à défaut d'une erreur de la part de l'acheteur, il ne saurait être question d'un dol du vendeur. « *In emendo et vendendo naturaliter concessum est, dit Paul, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere et ita invicem se circumscribere.* » Mais, comme le fait observer M. Van Wetter (1), tous les caractères du dol sont réunis lorsque, à l'occasion d'une vente aux enchères, le vendeur

(1) Van Vetter. Les obligations en droit romain, t. II, p. 135.

produit de faux enchérisseurs. Au contraire, si, en sens inverse, l'acheteur désintéresse les autres amateurs pour qu'ils renoncent aux enchères, y aura-t-il dol? Non, car le vendeur ne verse dans aucune erreur en croyant qu'il n'existe pas d'autres amateurs; en réalité, il n'y en a pas.

Donc, en général, ces affirmations des marchands constituent le *dolus bonus*, et ne sont pas coupables; mais il y a une limite, et cette limite nous est indiquée par Ulpien (1) : « *Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum quasi neque dictum, neque promissum est.* » Ceci, c'est le *dolus bonus* pur que nous venons d'examiner. Aucune difficulté. « *Si vero, ajoute Ulpien, decipiendi emptoris causa dictum est, æque sic habendum est ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.* »

Ici, le vendeur pourra être responsable de ses déclarations vagues s'il les a faites pour tromper l'acheteur.

6. Enfin, ce dol, tel que nous venons de le définir, peut être *positif* ou *négatif*.

Le dol positif consiste dans l'emploi de manœuvres frauduleuses en paroles ou en actions. Le dol négatif c'est la réticence frauduleuse ou l'omission coupable. En voici un exemple : quelqu'un veut acheter un objet dans l'idée que cet objet a une qualité, mais une qualité non substantielle, et le vendeur, sachant que l'objet n'a pas cette qualité, n'a rien fait pour détruire l'erreur : il y a dol par réticence. Ou bien, c'est un débiteur verbal qui laisse périr faute de soins l'objet de sa dette, il y a dol par omission. Dans ces deux cas, le dol est négatif.

(1) Loi 37. *De dolo*, IV, 3.

CHAPITRE II

Tableau des moyens de répression du dol à l'époque classique.

7. Pendant cette période de plus de trois cents ans que l'on est convenu d'appeler l'époque classique — c'est, en effet, l'époque sur le droit de laquelle nous avons le plus de documents et celle où ont vécu les jurisconsultes les plus célèbres, — les moyens de défense ne manquaient pas à la victime du dol.

Tout d'abord, le fait coupable, accompli par dol, et d'où résulte le dommage, peut rentrer dans un des cas prévus par la loi romaine et constituer un délit. Pour se défendre et repousser ce dol, la victime pourra alors intenter contre le coupable l'action née du délit. Par exemple, l'action *injuriarum*, l'action *furti*, l'action de la loi *Aquilia*. Sans doute, tandis que les délits d'injure et de vol impliquent toujours nécessairement le dol, le délit de la loi *Aquilia* existe même en cas de faute. Mais en cas d'injure, de vol ou de dommage résultant d'un dol, la victime aura à sa disposition une de ces trois actions.

En second lieu, la victime d'un dol pouvait avoir dans certains cas le droit d'intenter l'action *ad exhibendum*. C'était une action obligeant celui qui détient une chose à la présenter, à l'exhiber, afin de permettre au demandeur d'intenter une action relativement à cette chose. Elle pèse ainsi sur celui qui a la possibilité d'exhiber, ne fût-il qu'un simple détenteur, plutôt que sur le propriétaire ; et aussi, en vertu d'une

extension pénale faite ici, selon M. Girard (1), plus vite que dans les actions réelles, sur celui qui s'est mis par son dol dans l'impossibilité d'exhiber. Elle aboutit à des dommages-intérêts égaux au préjudice causé par le défaut d'exhibition.

S. Mais, dans la grande généralité des cas, le dol se produisait à l'occasion d'un contrat. S'agit-il d'un contrat de bonne foi ? la victime du dol aura à sa disposition l'action même du contrat ; par exemple, l'action *ex empto* s'il s'agit d'une vente entachée de dol. S'agit-il, au contraire, d'un contrat de droit strict ? Ou bien le dol émane d'un tiers, et alors le contrat s'exécute comme s'il ne contenait aucun vice, mais le tiers est tenu, par l'action *de dolo*, de réparer le préjudice causé. Ou, au contraire, le dol est l'œuvre de l'une des parties, et ici l'on distingue quelle est la partie trompée. Est-ce le stipulant ? l'action *de dolo* lui est donnée pour obtenir le montant de la différence entre sa créance telle que le dol l'a faite et sa créance telle qu'elle serait sans le dol (loi 22, *De verb. oblig.*). Est-ce le promettant ? Si l'exécution du contrat lui est demandée, il se défendra par l'exception *doli mali*, et, s'il a exécuté avant d'avoir découvert le dol, il se fait indemniser par la *condictio indebiti* (loi 36, *De verb. oblig.*) (2).

Dans certains cas et pour certaines personnes, un moyen s'offrait encore de réprimer et de détruire le dol et ses effets. C'était ce décret par lequel un magistrat rescindait un acte valable et qu'on appelait la *resstitutio in integrum*. Elle constituait une réaction de

(1) Girard. Manuel de droit romain, p. 615.

(2) Accarias, II, p. 223.

l'équité prétorienne contre le droit civil, et ne devait être donnée qu'avec une extrême discrétion.

9. Si l'on ajoute à ces divers moyens de répression du dol la *cautio de dolo* et les actions *édilitiennes*, on aura l'ensemble des ressources offertes à toute partie lésée par des manœuvres dolosives.

La *cautio de dolo* était une promesse verbale ou mieux une véritable stipulation destinée à assurer l'exécution d'un premier contrat : « *dolum malum abesse abfuturumque.* »

Enfin, par les actions édilitiennes, *redhibitoria* et *quantum minoris*, l'acheteur était protégé d'une façon toute particulière et toute spéciale contre le dol du vendeur.

10. En résumé : action née du délit, action *ad exhibendum*, *cautio de dolo*, actions édilitiennes, action du contrat dans les contrats de bonne foi et, dans les contrats de droit strict : action de dol, *exceptio doli* et *restitutio in integrum*, tels étaient les moyens de répression du dol à l'époque classique.

Comment, et par quelle évolution historique, ces divers moyens de défense se sont-ils introduits dans la jurisprudence romaine ? C'est ce que nous nous proposons d'étudier dans le chapitre suivant.

CHAPITRE III

De l'ordre historique dans lequel ont été introduits
les différents moyens de défense contre le dol.

1 1. « Dans les sociétés primitives, l'homme victime d'une injustice se venge lui-même (1) ». C'est la vengeance, le mouvement physique, irraisonné, qui pousse la victime d'un mal à réagir violemment contre l'auteur immédiat de ce mal. « Celui qui se juge offensé, dit M. Girard (2), tire vengeance de cette offense comme il veut et comme il peut, soit seul, soit avec le concours d'autrui, sans connaître autre chose que le fait brutal dont il a souffert, sous l'empire d'un ressentiment qui se mesure uniquement sur le dommage qu'il a subi. » Dans la société romaine, les lois primitives ne défendirent pas cette vengeance privée, elles se bornèrent à réglementer les cas où elle serait licite. Et ce qu'il y a de curieux dans cette réglementation, c'est que la victime n'a pas à s'occuper de l'intention de celui qui a causé le dommage ou l'injustice. Selon l'expression de M. V. Jhering, elle ne connaît que l'injustice *objective*, le dommage qu'elle a subi ; elle ne s'occupe pas de l'injustice *subjective*, de l'intention coupable de ce dommage.

Peu à peu, à mesure que la société se développe et que les mœurs s'affinent, le ressentiment disparaît devant l'intérêt, et la victime renonce à la vengeance

(1) Cuq. Inst. jurid., p. 333.

(2) Rev. hist. de Dr. fr., 1888, 38.

privée moyennant une indemnité. C'est la phase de la composition volontaire. La victime d'un mal qui a le pouvoir de se venger peut aussi pardonner, et surtout elle peut pardonner moyennant une indemnité. L'offensé peut, au lieu de se satisfaire brutalement par des représailles, se contenter d'une composition pécuniaire offerte par l'offenseur. C'est là une phase de la vie juridique que les Romains ont vite dépassée, mais qu'ils ont parfaitement connue. C'est elle, dit encore M. Girard (1), dont le nom subsiste dans le mot *pœna*, dont le sens originaire est : composition, rançon, paiement. C'est d'elle que parlent les textes qui permettent au voleur et au volé de *pacisci de furto*, de *damnum decidere pro fure*. Et la meilleure preuve de l'antiquité de cette transaction à Rome est peut-être le fait que le simple pacte, en principe impuissant à éteindre civilement une obligation, éteint ici *ipso jure* les obligations civiles nées de délits. La règle est née à une époque où l'*ipsa jura* existait seul, et l'on pourrait même dire que le mode d'extinction est ici plus ancien que la créance, car le pacte a servi à éteindre le droit de vengeance, dès siècles avant de servir à éteindre le droit à une somme d'argent qui finit par le remplacer.

Mais cette dernière phase, qui est celle de la composition légale, ne fut pas atteinte à Rome sans transition. A l'époque de la loi des Douze Tables, le droit ne ressemble déjà plus au droit ancien. C'est ainsi que l'intention est exigée en général dans les délits privés. De plus, la victime n'est plus libre de choisir le châtiment du coupable, c'est-à-dire de pardonner moyennant une somme d'argent. Elle a un droit délimité

(1) Girard. Revue hist. de Dr., 1888, 43, sq-q.

qu'elle ne peut excéder, mais ce droit ne porte pas encore partout sur une amende, sur une composition légale. Ainsi, pour le vol flagrant, le droit pour la victime est d'obtenir l'attribution du coupable. Dans ce cas, la composition est encore volontaire, laissée à la discrétion de la victime.

12. C'en'est qu'un certain temps après que le système des compositions légales a été généralisé, et que la composition légale a été fixée par l'édit du préteur au quadruple pour le vol flagrant.

« Depuis lors, dit M. Girard, la victime d'un acte illicite n'a plus le droit de se venger, ni à sa façon, ni suivant les règles de la loi. Elle a droit à une composition légale. Le délit fait naître à son profit une créance, une créance d'amende. Mais le fondement de son droit n'a pas changé. Cette amende à laquelle, et à laquelle seule, elle a droit, c'est toujours la rançon du coupable, l'expression dernière du droit de vengeance.

En résumé, le droit pénal romain a parcouru trois phases bien différentes : celle de la vengeance physique, celle de la composition volontaire, et celle de la composition légale.

13. Ces différentes phases des moyens de répression de l'acte coupable en général se retrouvent dans l'histoire, dans ce qu'on pourrait appeler « l'évolution historique du dol ».

A l'origine, dans l'ancien droit romain, les manœuvres dolosives, par lesquelles on avait pu déterminer une personne à agir contre son intérêt, étaient absolument impunies. Au début, il n'y a trace ni de peine publique, ni de procédure criminelle, ni de tribunal répressif.

On peut dire, tout d'abord, que ces manœuvres dolosives, au moins en ce qui concerne les actes juridiques, aliénation et formation d'obligations, extinction d'obligations, etc., étaient rendues plus difficiles par les anciens modes d'accomplissement de ces actes. — Ceux-ci, en effet, exigeaient souvent en droit la présence de magistrats comme dans l'*in jure cessio*, ou de témoins comme dans la mancipation ; et cette présence suffisait la plupart du temps pour écarter de part et d'autre toute idée de supercherie. — En outre, comme lorsqu'il s'agissait de violence ou de menaces, l'ancien droit, soit pour les actes juridiques, soit pour les actes matériels, voyait une garantie suffisante dans la répression qu'aurait entraînée l'exécution des manœuvres dolosives. L'action du délit semblait aux anciens Romains assez efficace, et ils ne voyaient pas la nécessité de créer des règles spéciales pour venir au secours de celui qui se serait laissé abuser par le dol d'autrui. « La conscience primitive, dit M. P.-F. Girard (1), n'était pas probablement impressionnée par le dol de la même façon que la nôtre ; elle y voyait moins une déloyauté déshonorante qu'un bon tour susceptible d'admiration. Elle trouvait que le dupé n'avait à s'en prendre qu'à lui de n'avoir pas été plus perspicace. »

Donc, à l'origine, le seul recours de la victime du dol se trouvait dans l'action même du délit. C'est ainsi qu'un passage de Cicéron (2) nous apprend que le dol était réprimé par les lois des Douze Tables en cas de tutelle. Mais ce n'était pas une action spéciale, c'était

(1) Girard. Dr. romain, p. 407.

(2) Cicéron. *De officiis*, III, 15.

l'action *tutelæ*, c'est-à-dire l'action du délit donnée contre le tuteur infidèle (1).

14. Comme nous l'avons vu plus haut (n° 7), celui qui s'était mis par son dol dans l'impossibilité d'exhiber, pouvait voir intenter contre lui l'action *ad exhibendum*. C'était là un second moyen de protection offert à la victime du dol. A quelle époque remonte cette action ? les avis sont partagés sur ce point. M. Accarias la fait remonter aux Douze Tables (2). M. Cuq adopte l'opinion de V. Jhering, selon laquelle l'action *ad exhibendum* aurait, à côté de l'action *furti*, protégé les propriétaires de *res nec mancipi* avant qu'on ne leur accordât la revendication (3). Enfin, selon M. Girard, aucun des textes qu'on a invoqués pour soutenir que l'action *ad exhibendum* aurait figuré dans les Douze Tables, n'est décisif (4). Les plus anciennes mentions sûres qu'on en possède remontent seulement aux jurisconsultes de la fin de la République et du début de l'Empire.

Entre cette époque primitive où le dol n'était pas réprimé comme tel, mais uniquement quand il se trouvait être compris dans un des délits reconnus par le droit romain, et l'époque d'apparition de l'action et de l'exception du dol (en 688, *Cf. infra*, n° 20), se placent vraisemblablement trois moyens de répression du dol, trois essais incomplets dont usa la jurisprudence romaine : la *cautio de dolo*, l'édit des édiles, et l'action même du contrat dans les contrats de bonne foi. Mais comment et à quelles dates ces moyens s'intro-

(1) Cuq. *Op. cit.*, p. 328, n. 3.

(2) Accarias, II, p. 1027.

(3) Cuq. *Inst. rom.*, p. 91, n. 1 ; p. 269, n. 1, et p. 240.

(4) Girard. *Dr. rom.*, p. 615, n. 2.

duisirent-ils ? Ce point est obscur et difficile à élucider.

Quoi qu'il en soit, le dol n'était pas réprimé par la loi d'une manière suffisante, et il est tout naturel que les parties mal protégées par la loi aient songé à se défendre elles-mêmes. Elles y arrivèrent grâce à la *cautio de dolo*. Il est difficile de fixer une date précise à son apparition. Nous croyons qu'on peut supposer, sans grande erreur, qu'elle est antérieure à la création des moyens spéciaux de défense contre le dol, et qu'elle appartient à une époque où les parties, peu confiantes dans la protection de la loi, songeaient à réprimer le dol, même avant qu'il soit commis.

15. Cette *cautio de dolo* était une promesse verbale qui intervenait tantôt à l'amiable entre les deux parties liées par un premier contrat et pour en assurer l'exécution, et tantôt imposée aux parties, soit *in jure* par le magistrat, soit *in judicio* par le juge. Par cette promesse, le promettant s'engageait à s'abstenir de tout dol, relativement au contrat, ou, sinon, à réparer le préjudice causé. Il y avait ainsi deux contrats : on stipulait d'abord la chose, puis on faisait une seconde stipulation relative au dol. C'était cette dernière qu'on appelait la *cautio de dolo*.

Le but de cette *cautio* était évidemment de réprimer le dol du débiteur, mais, pour comprendre son utilité et son fonctionnement, il faut distinguer suivant qu'elle se produit à l'amiable entre les parties, ou suivant qu'elle est imposée d'office.

I. A l'amiable :

La *cautio de dolo* était souvent l'unique moyen qu'eût un créancier d'obtenir la réparation de certains faits dolosifs que l'action de son contrat principal ne

pouvait atteindre. Le créancier prenait soin de prévenir lui-même le dol.

Pour éclaircir ce point, étudions deux hypothèses :

Prenons tout d'abord le cas d'un dol positif contractuel. Evidemment, l'action du contrat atteindra certains faits dolosifs. Mais il en est d'autres aussi qui lui échapperont. Supposons, par exemple, qu'un débiteur ait promis par stipulation un fonds quelconque et ait livré ce fonds après l'avoir grevé d'hypothèques : il est évident que l'action du contrat atteindra de plein droit ce fait dolosif. Mais, au contraire, si le promettant a livré le fonds après l'avoir grevé d'une servitude prédiale, il y aura dol, mais l'action du contrat sera impuissante à le réprimer. Cela tient à ce que, aux yeux des Romains, les servitudes prédiales étaient comme des qualités juridiques et économiques des fonds *qualitates prædiorum*. Aussi, dans ce dernier cas, le créancier n'était pas suffisamment protégé par l'action de son contrat et la *cautio de dolo* lui était indispensable.

Dans l'hypothèse d'un dol négatif, l'action du contrat de droit strict était impuissante. Paul nous en donne la raison dans la loi 91, *Pr. Dig. De verb. oblig.*, L. 16. « *Ad dandum non ad faciendum tenetur.* » Aussi la *cautio de dolo* permettait-elle au créancier d'atteindre ce genre de dol grâce à l'action *ex stipulatu*.

II. La « *cautio de dolo* » est imposée d'office :

Dans ce cas encore, la *cautio* était très pratique, surtout dans l'action en revendication et dans les actions qui ont un caractère arbitraire.

Il faut supposer que la question de propriété a été tranchée par le juge en faveur du demandeur. Or,

dans les actions arbitraires, il y a trois décisions qui ont autorité de chose jugée :

1^o La *pronunciatio* qui déclare le demandeur propriétaire ;

2^o Un *jussus* que le juge rend en vertu de son *arbitrium* et par lequel il enjoint au défendeur de rendre la chose en nature s'il veut éviter une condamnation pécuniaire. Si le défendeur n'a pas encore accompli l'usucapion dans le cours du procès, le juge peut l'inviter à rendre la possession ; mais si l'usucapion se trouve achevée *inter moras litis*, c'est-à-dire après la *litiscontestatio*, il est trop tard pour rendre la possession. Le défendeur est devenu propriétaire, mais il perd le procès et le juge l'invite à retransférer au demandeur la propriété tardivement acquise.

3^o Enfin, le juge rend la *sententia*. C'est l'absolution si le défendeur obéit au *jussus judicis* ; sinon, c'est une condamnation à payer une somme d'argent.

Ceci dit, voyons l'emploi de la *cautio de dolo*.

Supposons que le défendeur après avoir perdu sur le fond se déclare prêt à exécuter le *jussus judicis*, suffira-t-il qu'il rende la chose pour que le droit du demandeur soit sauvegardé ? Non, car tout en rendant la chose, il pourra commettre un dol. Ainsi, il aura détérioré l'objet matériellement, ou bien ayant achevé l'usucapion après la *litiscontestatio*, il a établi des servitudes sur la chose et l'a détériorée juridiquement. Dans tous ces cas, le demandeur sera frustré. Comment réparer ce dol ? Avant la création de l'action de dol, l'unique moyen était la stipulation ou *cautio de dolo*.

Cette *cautio* avait un caractère très général et pouvait s'appliquer à tous les contrats en devenant ce que nous appelons maintenant une clause de style. Cepen-

dant, en pratique, le créancier pouvait ne pas y songer et même n'y songeait généralement pas dans le plus usuel de tous les contrats : la vente. Et comme, dans la vente primitive, faite au comptant, par mancipation, l'aliénateur n'était, en principe, tenu à aucune responsabilité à raison des vices de la chose vendue, il arrivait souvent que l'acheteur était trompé et dupé sans pouvoir exercer aucun recours, à moins qu'il n'eût assuré la garantie des vices par un contrat distinct. « Le progrès devait consister, dit M. P.-F. Girard, à faire rentrer dans le contrat de vente la garantie des vices qui lui était encore tout extérieure. Et il semble que le même procédé était encore tout indiqué : d'abord rendre la stipulation obligatoire, puis la sous-entendre. Mais le développement a été compliqué ici par l'intervention des édiles. »

16. Les édiles curules, chargés de la police des marchés, furent les premiers qui prirent des mesures pour protéger les acheteurs. D'après leur édit, les vendeurs devaient déclarer les vices des choses vendues. Ainsi que l'explique Ulpien (1), l'édit impose cette déclaration des vices aux vendeurs sans se préoccuper de savoir s'ils les connaissent, en partant de l'idée que le vendeur est en faute de ne pas connaître sa chose. Cicéron (2) dit de même : « *Qui enim scire debuit de sanitate, de fugâ, de furtis præstat edicto ædilitium.* »

Le but de l'édit (3), d'après Ulpien, était d'obvier aux tromperies des vendeurs et il y arrivait par voie de dé-

(1) Ulp. *De ædilit. edicto*. Dig. XXI, 1, § 2.

(2) *De officiis*, III, 17, 71.

(3) Les auteurs ne sont pas d'accord sur la date de l'édit des Édiles. D'après M. Cuq (*Institutions*, p. 612-613), on trouverait

livrance d'actions. — Ces actions qu'on appelle *actiones edilitiennes* se ramènent à deux types principaux : une action en résolution appelée action *redhibitoria* et une action en réduction de prix appelée action *æstimatoria* ou *quanti minoris*.

Bientôt, par suite de l'extension donnée aux dispositions de l'Edit, le caractère primitif de l'action rédhibitoire se modifia. On l'appliqua aux ventes faites en dehors des marchés et quel qu'en fût l'objet. La responsabilité des vices cachés de la chose ou, d'une façon plus générale, le dol du vendeur devint une question de bonne ou de mauvaise foi. Peu à peu cette théorie de la bonne foi se généralisa, et les devoirs imposés aux honnêtes gens ne restèrent pas de tout temps en dehors de la sphère du droit. Comment s'est effectuée la transformation d'un simple devoir en une obligation pourvue d'action ? « La question est délicate, dit M. Cuq (1), on n'est d'accord ni sur le mode, ni sur la date. A notre avis, ajoute-t-il, la transformation s'est opérée insensiblement, aux derniers siècles de la République, avec le concours de la jurisprudence et du préteur ; elle a sans doute été achevée par les lois judiciaires de César ou d'Auguste. Dans l'opinion la plus générale, les contrats consensuels n'ont été sanctionnés que vers la fin de la République. »

17. Quoi qu'il en soit, il y avait ainsi pour la victime du dol un nouveau moyen de recours à l'occasion d'un contrat de bonne foi. A côté des règles spéciales

dans le théâtre de Plaute des vestiges de l'édit qui remonterait ainsi au ^{vi}^e siècle. — Selon M. Girard, au contraire (Dr. rom., p. 547, n. 2), cet édit serait postérieur à l'introduction de la procédure formulaire.

(1) Cuq. P. 613.

à chaque acte, on avait dégagé des règles communes, dont l'ensemble formait ce qu'on appelait la bonne foi. Mais cette notion de la bonne foi ne s'est développée à Rome que bien lentement, et ce n'est que peu à peu que le droit des contrats de bonne foi a reçu des jurisconsultes les tempéraments d'équité que nous signalent les textes de l'époque classique.

Historiquement, les explications diffèrent à ce sujet. « Selon les uns (1), les actions de bonne foi furent organisées par le droit civil à l'époque où le caractère de contrats de bonne foi fut reconnu à certains *negotia juris*. » A cette époque reculée, le défendeur à l'action de bonne foi se trouvait déjà, *œquitate ipsius iudicii*, sans le secours du préteur, protégé contre la mauvaise foi ou le dol de son adversaire. Le juge, en effet, dans ces actions, devait s'inspirer de l'équité, de la *bona fides*, pour apprécier la demande qui figure dans l'*intentio*. Lorsque, plus tard, le préteur créa des exceptions tendant à faire prévaloir l'équité sur les rigueurs de l'*ipsum jus*, ces exceptions ne s'appliquèrent pas aux actions de bonne foi; elles y eussent été superflues, puisque le défendeur trouvait dans le caractère de bonne foi de l'action et en vertu du droit civil, c'est-à-dire *ipso jure*, le secours des défenses d'équité.

Dans son *Histoire de l'Exception*, M. Carré de Malberg repousse cette théorie, et nous nous rangerons à son opinion. — Au début, le défendeur à l'action de bonne foi ne dut trouver dans l'*œquitas ipsius iudicii*, selon sa propre expression, qu'une protection très imparfaite et très insuffisante contre le dol de son adversaire. La plupart des défenses d'équité, selon toute vraisemblance, étaient étrangères aux *judicia bonæ*

(1) Carré de Malberg. Hist. de l'Exception, p. 157.

fidei primitifs. Les Romains étaient à peine débarrassés des préjugés du formalisme : il est peu croyable que le système ancien des défenses formalistes ait été, tout d'un coup et sans transition, remplacé dans les *judicia bonæ fidei* par un système nouveau basé uniquement sur l'équité. Lorsque les premières exceptions furent créées par le préteur, ces exceptions, bien qu'on en ait dit, durent s'appliquer très efficacement aux actions de bonne foi ; elles vinrent dans un grand nombre de cas suppléer à l'insuffisance des mots *ex fide bonâ* qui, à cette époque, étaient interprétés d'une façon étroite et ne protégeaient que fort imparfaitement le défendeur.

18. Nous arrivons ainsi aux moyens spéciaux de défense contre le dol. Quand le droit fut devenu plus souple, quand la conscience populaire fut devenue plus délicate, quand, surtout, les actes juridiques furent devenus moins publics et plus fréquents, le préteur promit de venir au secours de celui qui serait victime d'un dol. On érigea le dol en délit en créant contre son auteur une action prétorienne *in factum* : l'action *de dolo*, qui fut plus tard, selon nous, complétée par une exception et une *Restitutio in integrum*.

Mais sur cette question de savoir dans quel ordre historique ont apparu ces moyens de défense spéciaux contre le dol, diverses opinions ont été émises.

D'après un premier système soutenu par M. de Savigny (1), la *Restitutio in integrum* aurait été accordée la première, et les actions personnelles n'en auraient été qu'un progrès, qu'une transformation.

(1) Savigny. Traité de Dr. rom., trad. Guenoux, VIII, ch. 4, sqq.

Voici quelle aurait été la marche du droit prétorien : le préteur commença par briser les actes de sa seule autorité ; puis, voyant sa réforme ratifiée, il la compléta en délivrant à la partie lésée par le dol une formule *fictice*, et en la renvoyant plaider devant un juge comme si l'acte dolosif n'avait pas existé. Au fond, l'acte était considéré comme non avenu. Plus tard, le préteur, trouvant ce procédé trop irrégulier, voulut rentrer dans les voies de la légalité. Pour cela, il créa de simples actions prétoriennes au profit de la victime — actions qui n'avaient rien de fictive. On tiendra l'acte pour valable, mais on mettra l'obligation de réparer le dol à la charge du coupable.

Quant à la *Restitutio in integrum*, elle serait peu à peu tombée en désuétude.

Pour soutenir son système, M. de Savigny invoque deux arguments :

1° C'est d'abord le caractère arbitraire de la *Restitutio* qui est une mesure violente, indice d'un droit non perfectionné ; les actions personnelles, au contraire, semblent être un progrès sur la *Restitutio in integrum*.

2° Les titres *de dolo* et *quod metus causa* au *Digeste* ne parlent presque pas de la *Restitutio*. Le titre *de dolo* n'en parle pas du tout. Or, si la *Restitutio* était venue en dernière ligne, c'est d'elle au contraire qu'il serait question.

19. Suivant un second système (1), l'exception de dol aurait été introduite la première. Comment admettre, dit-on, que les gens de bien n'aient pas su se protéger si la mauvaise foi existait alors comme

(1) Accarias (Dr. rom. II, 3^e éd., p. 1016, n. 2) semble soutenir ce système.

aujourd'hui ? Or, ce moyen de protection consistait dans l'exception de dol qui a dû paraître de très bonne heure. Afin d'établir l'existence de l'exception de dol avant Aquilius Gallus, créateur de l'action de dol, comme nous le verrons tout à l'heure, ce système invoque trois textes.

Le premier est relatif à l'exception donnée contre les publicains par G. Mucius Scævola dans son gouvernement d'Asie. *Extra quam si ita negotium gestum est, ut eo stari non oporteat ex fide bonâ* (1). Ce texte semble indiquer que l'exception de dol existait déjà pour tout le monde et que Scævola l'atténuait au profit des publicains. Or Q. Mucius Scævola vivait avant Aquilius Gallus et par conséquent l'exception de dol existait avant l'action.

Un second texte d'Ulpien (2) déclare que le préteur Cassius ne proposa pas l'exception de violence avec l'exception de dol parce que celle-ci lui paraissait générale « *Metus causa exceptionem Cassius non proposuerat, contentus doli exceptione quae est generalis* ». Or, disent les partisans de ce système, Valère-Maxime rapporte qu'un préteur du nom de Cassius vivait au VII^e siècle de Rome (3); ce fut lui, probablement, qui inventa l'exception de dol. D'ailleurs, ajoute-t-on, il semble probable qu'elle existait déjà avant Sylla, car l'exception de violence fut introduite par un préteur nommé Octavius qui créa, en 683, l'action *quod metus causa*; or, il est à présumer que l'exception de dol existait auparavant, car si Cassius refusa de proposer l'exception de violence, c'est qu'il

(1) Cic. *Ad. Attic.*, VI, 1, 45.

(2) Loi 4, § 33. Dig. *De doli mali except.*, XLIV, 4.

(3) Val. Max. *Julii Obseq. prodig. liber*, 109.

jugea qu'elle ferait double emploi avec l'exception de dol ; il se disait en effet que la violence implique le dol. Le prêteur Octavius, lui, créa plus tard l'exception de violence, car l'exception de dol était trop étroite et opposable seulement à l'auteur du dol, à ses complices et à ses ayants-cause à titre gratuit, tandis que l'exception de violence atteignait quiconque voulait profiter de l'acte accompli sous l'empire de la contrainte.

Enfin ce système invoque encore un texte de Plaute où l'auteur met en scène un personnage, Gripus, qui a trouvé une cassette perdue par son propriétaire Labrax et qui, à l'occasion de cette découverte, réclame une certaine somme d'argent en alléguant que cette somme lui a été promise par stipulation au cas où la cassette serait trouvée. Labrax refuse de payer, Gripus le poursuit : « Le juge me condamnera, fait dire Plaute à Labrax, à moins que je ne prouve que la stipulation ne soit entachée de dol, ou à moins que je ne sois mineur de vingt-cinq ans. »

Ni dolo malo instipulatus sis, nive etiamdum haud siem
Quinque et viginti gnatus annos (1).

Ce passage prouve, dit-on, que dès l'époque de Plaute, le promettant aurait pu invoquer le dol du stipulant. Or Plaute vivait à la fin du VII^e siècle, c'est-à-dire sous les actions de la loi.

Donc, toujours dans cette seconde opinion, l'exception de dol serait la première en date, puis viendrait l'action *de dolo*. Quant à la *Restitutio in integrum*, elle aurait été créée la dernière. A ce sujet, il faut répondre aux arguments de M. de Savigny :

1^o Il est vrai que la *Restitutio* est une voie arbi-

(1) Rudens. Acte V, sc. 3.

traire tandis que les actions personnelles représentent la procédure ordinaire. Mais d'abord il y avait des garanties sérieuses contre l'arbitraire des magistrats romains. De plus, si la *Restitutio* est moins perfectionnée comme procédure quand on l'envisage comme moyen de protection, elle est plus complète et surtout plus efficace, surtout si le défendeur est insolvable, et c'est là le point de vue dominant. Le caractère arbitraire de la *Restitutio in integrum* doit faire penser au contraire qu'elle fut introduite la dernière. Il n'est guère admissible, en effet, que le prêteur se soit permis immédiatement de briser des actes *jure civili* : telle n'est pas d'ordinaire sa marche timide et prudente. Ainsi, dans le système des *Bonorum possessiones*, Cicéron nous dit que ce système a été introduit à l'ombre du droit civil : « *confirmandi juris civilis gratia* » pour protéger l'héritier du droit civil. Il a dû agir de même en notre matière et ne briser qu'en dernier lieu les actes valables *jure civili*.

2^o M. de Savigny argumente du silence des titres de *dolo* et *quod metus causa* sur la *Restitutio in integrum*. Ce silence s'explique : les actions personnelles, quoique antérieures à la *Restitutio*, avaient subsisté après elle. L'action *quod metus causa* aboutissait à une condamnation au quadruple, avantage qui devait y faire recourir souvent. L'action *de dolo* était parfois seule possible, comme dans le cas de préjudice matériel quand la restitution ne pouvait s'exercer, si, par exemple, on a tué un esclave par dol. En somme, la *Restitutio* n'était qu'une voie subsidiaire.

20. Nous arrivons enfin à une troisième opinion plus récente et plus vraisemblable au point de vue

historique, défendue par MM. Cuq et P.-F. Girard, et à laquelle nous nous rangeons. D'après ces savants, l'action de dol a probablement été créée en 688 par Aquilius Gallus, qui fut préteur en cette année. L'exception fut établie peu après. Quant à la *Restitutio*, dont le champ d'application paraît être demeuré fort étroit, on n'en a pas de traces antérieures au temps d'Hadrien.

Tout d'abord, dit M. P.-F. Girard (1), les textes qui rapportent la création de l'action de dol prouvent précisément qu'elle n'avait été précédée par aucun autre moyen. Ce sont des textes de Cicéron, *De officiis*, III, 14, 60, et *De natura deorum*, III, 30, 74, qui attestent que l'action de dol a été proposée dans l'Edit par Aquilius Gallus, que l'on sait avoir été préteur en 688. Or, Cicéron dit positivement qu'avant cette préture, il n'y avait pas de moyen fondé sur le dol, notamment d'exception. Dans le *De officiis* il passe en revue les différents *officia* dont on peut être tenu envers ses semblables et parle de l'*officium* de bonne foi et d'honnêteté.

C'est à ce propos qu'il raconte la vente des jardins de Pythius au chevalier romain Cassius, et la supercherie du premier pour faire valoir son domaine aux yeux de Cassius. Si Cassius se fût borné à acheter le domaine de Pythius, comme le contrat de vente est de bonne foi, il eût pu se défendre par l'action de bonne foi. Mais Pythius, le vendeur, avait pris ses précautions, il avait eu soin de nover immédiatement la vente en un contrat *litteris*, et l'acheteur s'était prêté à cette novation. L'acheteur se trouvait dès lors obligé *litteris* et tenu de la *condictio* ; il n'y avait donc plus

(1) Girard. Manuel de Droit romain, p. 407, n. 1.

rien à faire, car Aquilius Gallus n'avait pas encore introduit l'action de dol. « *Aquilius nondum protulerat de dolo formulas*, » Quelque torturé qu'ait été ce texte dans tous les sens, il reste toujours l'affirmation positive qu'avant Aq. Gallus il n'y avait pas de ressource légale pour celui qui s'était engagé sous l'empire du dol, et, par conséquent, pas plus d'action que d'exception ou de *Restitutio in integrum*.

Restent à réfuter les arguments de texte du système précédent.

Le premier, nous l'avons vu, est relatif à l'exception donnée contre les publicains par Q. Mucius Scævola. « Or, dit M. Girard (1), cette exception n'a certainement pas été, d'après tout ce que nous savons de Q. Mucius, de l'intégrité de son administration et du mécontentement qu'en éprouvèrent les chevaliers (2), une édition atténuée au profit des publicains d'une exception déjà donnée plus sévèrement contre tout le monde. Elle a été une première application restreinte soit à certains dols, soit aux dols de certaines personnes, d'une protection plus tard accordée contre tous. Ce qu'elle prouve donc, ce n'est pas l'existence, c'est l'inexistence de l'exception de dol ordinaire.

Au contraire, le texte d'Ulpien prouve l'existence de l'exception de dol et même de l'exception de violence ; car si la seconde n'avait pas déjà existé, Cassius n'aurait pas eu grand mérite à ne pas la proposer, c'est-à-dire à ne pas l'inventer. Il se place donc au plus tard à l'époque de la création de la dernière créée des deux qui serait alors l'exception de dol, mais beaucoup plus probablement à un moment où elles existaient déjà

(1) Zeitsch. f. Savigny-Stiftung, XIV, p. 27.

(2) Cic. *Ad fam.*, I, 9, 26. — *Pro Plancio*, 13, 23.

depuis un temps plus ou moins long et où le prêteur dont il s'agit les trouvait l'une et l'autre dans les édits de ses prédécesseurs ; car c'est d'un prêteur qui, trouvant suffisante une exception existante, ne propose pas une autre exception existante, que le texte s'entend le mieux. Mais, pour M. Girard, ce prêteur n'est pas celui cité par Valère-Maxime, ni aucun de ceux nombreux auxquels on a pu penser. C'est, dit-il, le seul personnage dont parlent les jurisconsultes quand ils disent « Cassius » tout court ; le jurisconsulte Cassius, Gaius Cassius Longinus, consul en l'an 30 après J.-C., et, par conséquent, prêteur avant l'an 28, que d'autres textes montrent avoir occupé l'une des deux préture civiles, et avoir imité les magistrats jurisconsultes de la République en faisant comme eux des additions et des remaniements à son édit.

Quant au texte de Plaute, où l'on veut voir une trace de l'exception de dol, il suppose, a-t-on dit, au profit du débiteur, soit une exception, soit un moyen équivalent fondé sur le dol, à côté de celui fondé sur la loi Plætoria, selon lequel il doit s'agir non pas de deux moyens fondés sur des causes différentes, mais d'un moyen unique, celui de la loi Plætoria dont l'admission exige deux conditions distinctes : la minorité de la victime et le dol du co-contractant. Au surplus, voici comment, selon M. Cuq (1), peut s'expliquer le texte de Plaute. La convention intervenue entre Gripus et Labrax, et que Plaute qualifie improprement de stipulation, se réduit à une promesse faite sous serment. Sans doute, le serment est, comme la stipulation, un mode de confirmation des actes fiduciaires, mais il en diffère autant par la forme que par sa nature

(1) Cuq, *Inst. jurid.*, p. 569, n. 2.

et ses effets. La promesse sous serment n'a pas de valeur juridique. Labrax le sait fort bien, quand, après avoir juré tout ce que veut Gripus, il ajoute :

Non illi hodie debeo triobolum.
Meus arbitratus est, lingua quod juret mea.

Aussi la question ne pourra-t-elle faire l'objet d'un procès proprement dit, mais seulement d'un arbitrage. C'est un arbitre que demande Labrax. Cet article, après avoir constaté la contravention à la loi, déclarera que le mineur n'a pas le devoir d'exécuter son engagement. Cette conclusion, que paraît autoriser le texte de Plaute, n'est pas sans importance : au vi^e siècle, les actes fiduciaires étaient très usités ; lorsqu'on s'était dispensé de les confirmer par une stipulation, le mineur, qui avait engagé sa foi en se laissant circonvenir, trouvait, dans le recours à un arbitre, le moyen de se soustraire à l'exécution de sa promesse.

Nous admettons donc que les moyens de répression spéciaux créés à l'occasion du dol apparurent dans l'ordre suivant : action de dol, exception de dol et, enfin, *Restitutio in integrum*, dont les seules applications pratiques se rapportent à des dols commis dans des procès et ne remontent qu'au i^{er} siècle de l'Empire (1).

21. Enfin, parmi les nombreux dols possibles dans tous les actes de la vie civile, il y en avait un d'une espèce particulière que les Romains désignaient sous le nom de *fraus creditorum*, et contre lequel ils avaient créé un moyen spécial de répression. C'était le fait d'un débiteur qui, par des actes licites en apparence, se rendait insolvable au détriment de ses

(1) Girard. Dr. rom., p. 407, n. 3.

créanciers. Sous la loi des Douze Tables, ce genre de fraude n'était guère possible, car la loi punissait de mort ce débiteur insolvable ou permettait de le vendre comme esclave à l'étranger. Dans les derniers siècles de la République, ce droit barbare disparut, et l'exécution sur la personne du débiteur fut remplacée par l'exécution sur les biens. Mais cette exécution exigeait certaines formalités, et, jusqu'à leur accomplissement, le débiteur restait maître de son patrimoine. C'est alors qu'en se rendant insolvable, il pouvait nuire à ses créanciers, et il le faisait d'autant plus facilement qu'il ne craignait plus rien ni pour sa vie ni pour sa liberté.

De même qu'il était venu au secours de la victime du dol, de même le prêteur mit un terme à cette fraude contre les créanciers, et donna une action contre la *fraus creditorum* comme il en avait donné une contre le dol. « Le prêteur, dit M. Girard (1), a vu un délit dans l'acte par lequel un débiteur crée ou augmente sciemment son insolvabilité, et il a organisé contre les auteurs de ce délit une action correspondante à l'action *de dolo*, l'action Paulienne, qui a fini par pouvoir atteindre non seulement les vrais coupables, le débiteur et ses complices, mais certains tiers qui ont profité du délit sans le connaître. »

Ainsi donc, on peut distinguer trois époques ou trois phases dans cette évolution historique des moyens de répression du dol chez les Romains :

Première époque : pas de répression spéciale du dol ;

Deuxième époque (époque du droit civil et du droit des édiles) : essais de répression du dol ;

1) Girard. Dr. rom., p. 410.

Troisième époque (époque du droit prétorien) :
moyens spéciaux de répression.

22. En somme, cette histoire des moyens de répression du dol, telle que nous venons de la tracer rapidement, n'est que l'histoire des besoins de la société romaine. Les règles de droit, en effet, sont façonnées par le législateur suivant les besoins de la société dans laquelle il vit. Puis, à mesure que ces besoins se modifient, à mesure que des intérêts nouveaux se font jour, la loi vieillit et cesse d'être en harmonie avec l'équité. C'est ce qui est arrivé à Rome. Le vieux droit formaliste, parfaitement équitable parce qu'il convenait à la société romaine primitive, parut démodé et injuste à la fin de la République. La nécessité de protéger les citoyens contre les manœuvres frauduleuses ne se faisait pas sentir à l'origine, parce que, comme nous l'avons dit, les actes juridiques se passaient en plein jour, devant un cortège de témoins, et étaient entourés d'une véritable publicité. « Le dol, dit M. Carré de Malberg, ne se conçoit guère dans une société restreinte où tout le monde se connaît, où rien ne passe inaperçu. » Peu à peu la société se développa, la civilisation s'accrut, et, avec elle, apparurent les manœuvres frauduleuses de toutes sortes. Les moyens de répression se multiplièrent comme une action réflexe des manifestations du dol, et l'on arriva bientôt à mettre à la disposition de la victime les moyens énergiques de l'action, de l'exception de dol et de la restitution, dont nous nous proposons, dans ce qui va suivre, d'étudier le fonctionnement.

DEUXIÈME PARTIE

ÉTUDE DES MOYENS SPÉCIAUX
DE RÉPRESSION DU DOL

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Théorie de l'action de dol.

SECTION I. — GÉNÉRALITÉS.

23. En ce qui concerne l'action de dol, le rôle du magistrat ne se borne pas à la délivrance de la formule et au renvoi des parties devant un juge chargé d'examiner la demande.

A raison de la gravité des conséquences entraînées par cette action, les Romains avaient chargé le préteur de procéder à un examen préliminaire de la cause, et ce n'était qu'autant que cet examen était résolu d'une façon favorable que celui-ci obtenait la délivrance de l'action sollicitée. C'était ce qu'on appelait la *cognitio causæ*.

Cette *cognitio* doit porter sur quatre points :

1^o Le préteur examine si la qualité du défendeur ne rend pas l'action irrecevable ; par exemple, si c'est un patron ou un ascendant.

2^o Le demandeur a-t-il une autre voie de recours en vertu du droit commun ? Le préteur refusera l'action.

3^o Le préteur examine si le dol allégué est *suffi-*

samment caractérisé. Il ne s'occupe pas de savoir si les faits sont exacts ; ce sera l'affaire du juge. Il se borne à voir si, en supposant les faits exacts, le dol est assez grave et assez caractérisé. Ainsi, Pomponius nous donne cet exemple : quelqu'un a contracté un emprunt et un tiers l'a déclaré *idoneus* ou solvable à tort. On demande l'action *de dolo* contre lui et le prêteur la refuse avec raison, car il est difficile de connaître la solvabilité de quelqu'un. Du reste, dans cet exemple, il faut supposer que celui qui affirme la solvabilité d'autrui n'entend pas se porter garant ; car il pourrait alors être tenu comme mandataire *pecuniæ credendæ* ; le contrat de mandat pouvant se former par consentement tacite aussi bien que par consentement exprès. Et même en matière de tutelle, on admettait que si quelqu'un affirme la solvabilité d'un tuteur et si ce tuteur est de ceux qui doivent *satisdare*, la simple affirmation de sa solvabilité emportait fidéjussion. Cette solution, d'autant plus remarquable qu'on arrivait à sous-entendre un contrat *verbis*, peut s'expliquer par ce fait qu'elle était dans l'intérêt du pupille. Cf. Loi 4, § 3. *Dig. De fidej.* XXVII, 7.

Le dol devra donc être suffisamment caractérisé. Il faudra en outre que le demandeur, dès les débuts *in jure*, précise les faits et ne reste pas dans le vague, parce que le défendeur a immédiatement intérêt à savoir ce qu'on lui reproche pour acquiescer ou résister. Mais le demandeur n'a rien à prouver en ce moment de l'instance ; sans doute il peut le faire, mais c'est seulement *in judicio* que la preuve sera exigée.

4° Enfin le prêteur doit examiner — et c'est encore là un caractère que doit présenter le dol — si le préjudice allégué par le plaignant « paraît » assez considé-

nable. C'est avec intention que nous disons « *paraît* » car le prêteur n'examine pas la réalité du préjudice ; ce sera encore l'affaire du juge ; le prêteur se borne à l'apparence. Or, pour paraître assez considérable, le préjudice doit atteindre un certain chiffre, et les Lois 9 § 5, 10 et 11 *proemium Dig. de dolo*, IV, 3, fixent ce chiffre à deux *aurei*. Qu'était-ce que cette valeur ? Elle a varié. Sous César (1) l'*aureus* valait 1/40 d'une livre d'or, soit 28 francs ; sous Justinien, il ne vaut plus que 1/72 de la livre d'or, qui elle-même ne pesait plus que 372 grammes ; l'*aureus* valait donc 15 fr. 50, et deux *aurei* valaient 31 francs. Il faudra que le préjudice causé atteigne ce prix.

Tout ceci est certain dans le droit de Justinien, mais ce chiffre du texte était-il bien exigé par le prêteur sous les jurisconsultes classiques ? Nous avons deux raisons d'en douter. D'abord cette règle qui fixe un taux au préjudice souffert a quelque chose d'absolu et d'irrationnel ; en effet, cette somme de deux *aurei* peut être très importante pour un pauvre et insignifiante pour un riche. De plus, cette limitation ne peut avoir qu'une explication plausible : éviter le caractère infamant de l'action de dol quand le préjudice causé est minime. Or cette explication ne suffit même pas, car l'action *furti* est donnée, quelque minime que soit le préjudice causé, et pourtant elle est infamante aussi.

Malgré ces raisons de douter, il faut admettre que les prêteurs ont pu fixer un minimum en cette matière, et il est même probable que ce minimum était plus élevé que celui-ci. Cujas (2) l'a estimé à

(1) Marquardt. Organisation financière chez les Romains, trad. p. Vigé, p. 30.

(2) *J. Cujacii opera*. Vol. V, p. 145.

2.000 sesterces ou 420 francs ; c'est Justinien qui aurait abaissé ce chiffre. La conjecture paraît vraisemblable si l'on songe avec quelle réserve le préteur donne l'action *de dolo*.

Cujas a observé avec raison que, dans certains textes, Justinien avait certainement substitué le mot « *aureus* » aux mots : « *mille sestertia* », et nous en avons un exemple probant : Les Sentences de Paul, Liv. III. Tit. 6. § 10, et les §§ 2 et 3 des *Institutes*, Liv. III. Tit. 7, nous montrent en effet l'opposition entre l'avis de Paul qui compte 100.000 sesterces et celui de Justinien qui compte 100 *aurei* ou 1 *aureus* pour 1.000 sesterces. De là Cujas prétend qu'il en est de même en notre matière. Cette conjecture de Cujas est très admissible et peut se justifier de la manière suivante : le caractère infamant de l'action de dol avait porté les anciens préteurs à fixer une limite assez élevée pour le taux du préjudice souffert, parce qu'alors l'infamie avait des conséquences fort graves. Plus tard, au contraire, à l'époque de Justinien, cette infamie avait moins d'importance et l'empereur abaissa le taux que devait présenter le préjudice.

24. Maintenant, pourquoi cette limitation du préjudice en matière de dol alors qu'elle n'existe pas ailleurs, dans le cas de *furtum*, par exemple ?

Ceci est plus difficile à expliquer.

Les uns disent que le *furtum* et, très souvent aussi, l'injure, ne supposent aucune faute de la part de la victime, et l'on doit venir à leur secours quel que soit le préjudice ; tandis que la victime du dol a quelque chose à se reprocher, ne serait-ce qu'un défaut de vigilance. Ceci est inexact, car il y a des cas où la victime du dol est à l'abri de tout reproche.

Une seconde explication est tirée du but différent des actions. Les actions *furti* et d'injures, dit-on, sont pénales *ab utrâque parte* et il est rationnel qu'on les accorde, quel que soit le préjudice, afin d'enrichir le volé. Au contraire, l'action *de dolo* est simplement *persécutoire* pour le demandeur; dès lors, si le préjudice qu'il éprouve est minime, on devra refuser l'action car elle aurait des conséquences trop graves pour le coupable.

Cette explication est encore défectueuse, car les actions *tutelæ*, bien qu'infamantes et purement persécutoires, sont données quel que soit le préjudice.

Voici, croyons-nous, l'explication véritable :

Les actions qu'on oppose à l'action *de dolo* sont toutes des actions *civiles* ou calquées sur le droit civil ; l'action de dol, au contraire, est une pure création du prêteur. Or, si le *jus civile* a pu attacher l'infamie aux actions précitées, sans tenir compte du préjudice, on conçoit fort bien que le prêteur n'ait pas osé aller jusque-là, si l'on songe à l'époque de la création de l'action de dol. Aussi a-t-on refusé l'action quand le taux du préjudice n'était pas assez élevé. Mais alors, dans ce dernier cas, le préjudice ne sera-t-il pas réparé ? Le texte (1) semble le dire, mais Cujas conjecture alors que le prêteur accordera à la partie lésée une simple action *in factum* sans infamie, rétablissant simplement le patrimoine de la victime.

Enfin terminons par une dernière remarque sur ce point. La question de savoir si le préjudice est suffisant rentre uniquement dans la *cognitio* du magistrat et la décision de ce dernier lie le juge. Par conséquent, si le prêteur a jugé le préjudice insuffisant et a refusé

(1) Loi 9, § 5, 10 et 11. *Pr. Dig. loco citato.*

la formule, tout est fini. Mais si le préteur a jugé le préjudice suffisamment grave et a délivré la formule au demandeur, le juge devra vérifier la réalité des faits dolosifs, et s'il reconnaît cette réalité, il devra condamner le coupable, alors même que le préjudice ne lui semblerait pas atteindre le minimum, car le juge est lié par la formule. D'ailleurs c'est au demandeur à prouver et le préjudice et son quantum.

SECTION II. — CARACTÈRES DE L'ACTION DE DOL.

I. Caractères généraux.

25. Nous savons déjà que l'action de dol est prétorienne, c'est-à-dire qu'elle fut créée par le préteur dans le but de remédier à l'insuffisance du droit civil qui laissait le dol impuni, sauf dans certains cas spéciaux. Ce caractère nous expliquera deux autres particularités de l'action de dol, à savoir qu'elle est *annale* et *in factum*. Mais nous devons rechercher quelle place les Romains lui avaient assignée dans leurs diverses classifications des actions.

Disons tout de suite que l'action de dol est *personnelle*, *annale*, *in factum*, *pénale a parte rei*, *infamante*, *subsidaire* et *arbitraire*.

Ces deux derniers caractères, à cause de leur importance et des difficultés de textes qu'ils soulèvent, feront chacun l'objet d'un chapitre spécial. Quant aux autres, il nous suffira de les étudier en quelques pages.

26. En premier lieu, l'action de dol est une action personnelle. Ce caractère correspond à la divi-

sion générale des actions en droit romain. Sont réelles celles qui ont pour but de sanctionner un droit de propriété ou tout autre droit réel ; sont personnelles, au contraire, celles qui ont pour objet un droit de créance. Or, à ce point de vue, le caractère personnel de l'action de dol et de l'action *quod metus* ne saurait être douteux. Mais, au point de vue de la rédaction de la formule, il y a une différence à signaler entre les deux actions. « A la différence de l'action *quod metus causa*, dit M. Girard (1), qui, comme les autres moyens résultant de la *metus*, est rédigée *in rem*, qui peut être intentée, dès lors qu'il y a eu *metus*, non seulement contre ceux qui en ont été les auteurs, mais contre les tiers qui en ont profité, l'action *de dolo*, comme les autres moyens nés du dol, est rédigée *in personam* ; elle ne peut être intentée, pas plus que ces moyens ne peuvent être invoqués, contre d'autres personnes que l'auteur du dol.

27. En second lieu, l'action de dol est une action *in factum*. Ce caractère, qui est la conséquence directe de l'origine prétorienne de l'action de dol, a trait simplement à la rédaction de la formule délivrée par le magistrat au demandeur. Tandis, en effet, que les formules des actions civiles étaient conçues *in jus*, c'est-à-dire posaient immédiatement au juge la question de droit à résoudre, les formules des actions prétoriennees étaient conçues *in factum*. Dans le but de dissimuler la hardiesse de ses innovations, le magistrat, lorsqu'il créait une action non sanctionnée par le droit civil, se contentait de poser au juge la question de savoir, non pas si tel droit existait au profit du

(1) Girard. Manuel élém. de droit rom., p. 408.

demandeur, mais seulement si tel fait allégué par lui était conforme à la vérité, et de la vérification de ce fait dépendait la condamnation ou l'absolution du défendeur. Voici comment était rédigée la formule : « *Si paret dolo malo Numeri Negidii factum esse ut Aulus Agerius fundum Cornelianum Titio mancipio daret* (1) ».

Le préteur, on le voit, subordonne la condamnation à la simple vérification d'un fait ; mais le droit créé par le préteur n'en est pas moins tout aussi énergique que celui qui est sanctionné par le droit civil. Cette différence, d'ailleurs, aurait dû logiquement disparaître du jour où le droit prétorien devint une partie intégrante du droit civil, lorsque, après la rédaction de l'*edictum perpetuum* par Salvien, il eut été officiellement consacré. Mais, soit par habitude de langage, soit par ce respect de la tradition qui fut toujours si vivace chez les Romains, la différence de rédaction des formules, selon qu'elles avaient pour but de consacrer un droit d'origine civile ou prétorienne, subsista jusqu'à la disparition du régime formulaire.

28. Une autre conséquence de l'origine prétorienne de l'action de dol, c'est le caractère temporaire. C'est en effet une action annale, c'est-à-dire qu'elle se prescrit par le délai d'une année. D'après M. Girard (2), les mots *intra annum* ont été effacés dans l'édit au Digeste, parce que le délai classique d'une année utile a été remplacé par Constantin (Loi 8. *De dolo*, Code, II, 21.) par un délai de deux années continues dans lequel l'action devra être intentée et jugée. Mais, ajoute

(1) Stouff (L.). *De formulis secundum legem romanam*, p. 17, note 4.

(2) Girard. *Op. cit.*, 408, note 2.

M. Van Wetter (2), après l'accomplissement de cette prescription, la partie trompée dispose encore d'une action *in factum*, qui est perpétuelle, pour obtenir l'émolument que l'adversaire a retiré du dol. C'est là encore une différence entre l'action de dol et la plupart des actions civiles, qui demeurèrent perpétuelles jusqu'à la célèbre constitution de Théodose le Jeune, en 424, tandis que les actions prétoriennes étaient temporaires, surtout lorsqu'elles présentaient un caractère pénal. Ceci nous amène à parler d'une autre particularité que présente l'action de dol.

29. Nous savons que le progrès du droit romain avait consisté à remplacer la vengeance privée par le droit à une somme d'argent, et que cette amende, née du délit, n'était qu'une composition légale mise par l'autorité publique à la place du droit de vengeance. Mais cette composition, cette rançon que les Grecs appelaient *ποινή*, et d'où les Romains firent leur mot « *pœna* », était réclamée par une action qui était considérée à l'origine comme ayant toujours le même caractère pénal. Par cela seul qu'elle tendait à la peine d'un délit, que l'objet en fût une somme d'argent fixée d'avance ou simplement le montant du préjudice causé, l'action devait être regardée comme pénale.

Mais bientôt les Romains s'aperçurent que cette amende née du délit ne présente pas toujours un caractère identique par rapport à la victime. Dans le cas de l'action d'injure, par exemple, la victime, qui n'a reçu aucun préjudice, retire un profit complet de l'amende qu'elle obtient. Dans l'action de la Loi *Aquiliana*, la victime trouve dans l'amende un profit et

(2) Van Wetter. Des oblig. en dr. rom., II, 149.

une indemnité. Enfin, dans l'action de dol, l'amende accordée à la victime ne fait que combler la brèche causée par le délit dans son patrimoine.

Aussi, dit M. Girard (1), en face de la manière dont Gaius et Justinien divisent les actions en actions reipersécutoires (*rei persecutionem continentes, quibus rem tantum consequimur*), en actions mixtes, à la fois pénales et reipersécutoires (*actiones mixtæ, quibus rem et pœnam persequimur*) et actions pénales au sens étroit, les interprètes modernes ont pensé avec une apparence de logique à appliquer cette division aux actions pénales au sens large, à distinguer entre elles les actions purement pénales (actions pénales bilatérales des commentateurs), puis les actions mixtes et enfin les actions en simple indemnité (actions pénales *a parte rei*, pénales unilatérales des commentateurs).

L'action de dol doit évidemment être rangée parmi ces dernières, mais elle y mérite une place à part. C'est une action pénale *a parte rei tantum*, c'est-à-dire que son but unique est d'indemniser le demandeur et non pas de l'enrichir, et pourtant il peut se trouver que le défendeur se trouve appauvri du montant intégral de la condamnation prononcée contre lui. Que le défendeur ait réalisé un bénéfice ou non, l'action de dol est donnée contre lui et il peut arriver qu'elle soit entièrement pénale à son égard tandis qu'elle n'aura pas du tout ce caractère vis-à-vis du demandeur.

Il est facile de faire apparaître ce résultat par un exemple. Supposons que, sans l'espoir d'aucun profit, mais seulement par esprit de vengeance, Primus tue

(1) Girard. *Op. cit.*, 385.

l'esclave de Secundus. Celui-ci aura l'action de dol contre Primus qui sera condamné par le juge à payer une indemnité pécuniaire représentant la valeur de l'esclave tué. Le patrimoine de Primus sera alors amoindri de toute la valeur de l'indemnité payée, tandis que celui de Secundus sera simplement rétabli dans son intégrité première. Dans cet exemple, l'action *de dolo* sera pénale pour le défendeur et *rei persecutionem continens* pour le demandeur.

Cette conséquence explique comment les Romains ont pu adopter, pour l'action de dol, tantôt des règles spéciales aux actions pénales et tantôt des règles spéciales aux actions réipersécutoires. Ainsi, dans le cas où les manœuvres dolosives ont été commises par plusieurs conjointement, tous sont tenus *in solidum*, mais si l'indemnité est payée par un seul, la libération de tous les autres s'ensuit ; — ainsi encore le *paterfamilias* n'est tenu que *noxaliter* du dol de l'*alieni juris* placé sous sa puissance ; — ainsi enfin l'action de dol s'éteint avec le coupable dont l'héritier ne peut être poursuivi que dans la mesure de l'enrichissement réalisé par son auteur.

30. Selon M. Van Wetter (1), le caractère le plus saillant de l'action de dol était d'être infamante ; le défendeur condamné encourt l'infamie.

Qu'était-ce donc que l'infamie ?

L'infamie était un ensemble de déchéances qui atteignait une personne d'après des règles anciennes et précises. Elle consistait d'abord dans la perte des droits politiques. L'infâme se trouvait privé du *jus*

(1) Van Wetter. Oblig., II, p. 147.

suffragii (1), du *jus honorum* (2), du *jus accusationis* (3). C'était, d'après M. de Savigny (4), une *capitis deminutio* politique. C'étaient les censeurs qui excluèrent les infâmes des droits politiques. Ils adjoignaient une marque (*nota*) au nom de l'individu dans la liste des citoyens ou, le cas échéant, dans celle des chevaliers ou du sénat. Mais il ne suffisait pas de signaler l'infamie en général, le censeur devait en même temps spécifier le fait ou les faits à raison desquels il niait l'honorabilité de l'individu ; aussi ne statuait-il qu'après un débat contradictoire (*causa cognita*) (5).

En droit privé, la capacité de l'infâme reste entière, sauf trois cas où il se trouve déchu.

a) L'infâme est incapable de postuler en justice pour autrui. De là cette conséquence que l'infâme ne pouvait pas être cessionnaire de créance, car il fallait être *procurator in rem suam*. Cette conséquence disparut plus tard, quand on eut admis que le cessionnaire d'une créance pouvait agir par action utile.

b) L'infâme ne peut se marier avec un ingénu.

c) Enfin l'infâme est une *turpis persona*. Aussi, s'il se trouve institué dans un testament, son institution donne lieu à la *querela inofficiosi testamenti* de la part des frères et sœurs.

Tels sont les effets de l'infamie. Voici les faits qui la font encourir :

(1) Cic. *Pro cluent*, 42.

(2) Tite-Live, VII, chap. 2.

(3) Loi 8. *Dig. de accusat.*, XLVIII, 2.

(4) Mommsen. Droit public romain, trad. p. F. Girard, tome IV, p. 63.

(5) Savigny, II, 199.

1° Toute condamnation dans un *judicium publicum*;

2° Une condamnation de certains délits ou quasi-délits privés : *furtum*, *rapina*, injure et dol ;

3° Une condamnation encourue dans certains cas d'obligation, même contractuelle : tutelle, mandat, dépôt, société et fiducie ;

4° La *venditio bonorum*. Quant à la *distractio bonorum*, le débiteur y gagnait d'échapper à l'infamie ;

5° Certains faits répréhensibles, même sans qu'il y ait eu condamnation, par exemple : l'adultère de la femme, le congé honteusement donné à un soldat, un nouveau mariage pour une veuve sans observer les délais, la bigamie, etc. ;

6° Certaines professions dites *infamantes* : *acteur*, *belluaire*.

L'infamie encourue était irrévocable.

Plusieurs auteurs, M. de Savigny entre autres, ont prétendu qu'il ne fallait pas confondre l'infamie proprement dite avec celle spéciale que les censeurs pouvaient infliger. M. de Savigny voit même une antithèse entre l'infamie du droit et l'infamie purement censorienne. Or, d'un travail récent que M. Greenidge (1) a publié sur la matière, il semblerait résulter que les censeurs ont joué un rôle prépondérant dans l'élaboration du système de l'infamie. L'infamie prétorienne, dont on s'est jusqu'ici presque exclusivement occupé, n'est, d'après M. Greenidge, « que le pâle et tardif reflet d'une institution beaucoup « plus ancienne et sur laquelle reposait l'Etat romain,

1. Greenidge, *Infamia, its place in roman public and private law*. — Oxford 1894.

« à savoir la répression censorienne des infractions
« aux mœurs et aux traditions. »

Enfin, et c'est là l'idée très neuve de M. Greenidge, les censeurs auraient consigné les cas d'infamie dans un *édit censorien* analogue à l'*édit prétorien*. Cette hypothèse est très admissible, car, ainsi que le fait remarquer M. Erman (1), « les édits spéciaux annonçant des mesures nouvelles ont pu se grouper autour d'un édit général, annonçant à la fois les principes financiers des nouveaux censeurs et les grandes lignes de leur *cura morum*. »

Dans tous les cas, il est certain que l'infamie qui naissait de l'action *de dolo* ne pouvait être qu'une infamie prétorienne. Quant à savoir si le prêteur a puisé dans l'édit des censeurs, il nous est impossible de le déterminer.

31. Toujours d'après M. Van Wetter, c'est ce caractère d'action infamante qui explique la défaveur attachée à l'action de dol. On s'efforçait de la restreindre à tous les points de vue. C'est ainsi qu'il y avait en droit romain certaines personnes (2) contre lesquelles l'action *de dolo* n'était jamais donnée, et cela à raison de leur qualité et malgré les faits dolosifs qu'elles pouvaient avoir commis.

Ces personnes formaient quatre classes :

I. LES ASCENDANTS. — Si l'auteur du dol est l'ascendant de la victime, l'action *de dolo* est refusée. Il faut supposer ici un ascendant qui n'a pas la *patria potestas* ; car, dans ce dernier cas, il y aurait un autre motif pour refuser l'action de dol : c'est qu'au-

(1) Revue générale du droit, 1895, p. 184-186.

(2) Loi 41, § 1. Dig. *De dolo*. IV, 3.

cune action en justice n'est possible entre un chef de famille et ceux qui sont sous sa puissance. De plus, même en l'absence de tout dol, il fallait l'autorisation préalable du magistrat pour intenter l'action contre les ascendants, quels qu'ils fussent.

II. LES PATRONS. — Ils tiennent lieu, en quelque sorte, d'ascendants aux affranchis qui ont reçu d'eux la vie civile. Le motif de cette décision est, d'après le Digeste (1), que l'action de dol est infamante « *cum (actio) sit famosa* ». Ce motif est inexact, parce que s'il était vrai et s'il était le seul, il en résulterait que toute action non infamante serait possible entre eux, ascendants ou patrons. Or cela n'a pas lieu. Au contraire, les actions *servi corrupti, quod metus causa*, de même que les interdits *unde vi, quod vi aut clam*, etc., qui ne sont pas infamants, ne sont jamais donnés contre les patrons ni contre les ascendants.

Il faut donc chercher un autre motif.

Le véritable motif nous est indiqué par la loi 5, § 1. Dig. *De obseq. parent.* XXXVII, 15. Il ne faut pas donner contre l'ascendant ou le patron une action qui mentionne le dol ou la fraude à cause de la *reverentia* qu'on doit à ces personnes : c'est là le vrai motif.

Mais alors, si les moyens ordinaires sont impuissants contre le dol de ces personnes, elles devront pourtant réparer le préjudice que leur dol aura causé. Comment arriver à ce résultat ?

Supposons qu'il s'agisse de l'action *de dolo*. Par quoi sera-t-elle remplacée ? Voici ce que dit le texte : « *In horum persona dicendum est, in factum verbis temperandam actionem dandam, ut bonæ fidei mentio fiat* (1) ». Cela veut dire que l'*intentio*

(1) Loi 11, § 1. Dig. *Loco citato*.

de cette action, au lieu de mentionner la formule du dol, se bornera à dire au juge d'examiner si le patron ou l'ascendant doit être condamné en vertu de la bonne foi, laissant ainsi son *existimatio* intacte au point de vue légal.

La comparaison des deux *intentiones*, dans les deux actions, montre toute l'importance de ce changement. S'il s'agit de l'action *de dolo* elle-même, voici quelle est l'*intentio* de la formule : « *Si paret dolo malo Negidii factum esse* ». Au contraire, s'il s'agit de l'action *in factum*, en voici l'*intentio* : « *Si paret negotium gestum esse ut eo stari non oporteat ex fide bonâ* », ou bien : « *Si paret rem bonâ fide gestam non esse* ».

Il faut observer que ces mots : « *ex bonâ fide* » ne font pas de l'action une action de bonne foi. Ils n'ont pour but que d'éviter le mot de « dol ». En effet, les actions de bonne foi ne naissent que des contrats ou quasi-contrats civils.

III. LE CONJOINT, dans ses rapports avec son conjoint, n'a pas non plus l'action *de dolo*. (Cf. *Const.* 1. Code. *De jure dotium*. V, 12.)

IV. — Enfin les personnes de condition basse n'ont pas l'action de dol contre les personnes de condition supérieure. Cette particularité de la loi romaine peut sembler bizarre, mais elle n'est que le reflet des inégalités sociales.

De même, on ne donne pas l'action *de dolo* à une personne d'existence irrégulière contre une personne d'existence régulière.

Remarquons que l'*exceptio doli* est possible contre ces deux dernières classes de personnes.

Le Digeste a voulu donner le motif de cette action *in factum* accordée contre certaines personnes, et la

loi 12, au titre *de dolo*, nous dit que le prêteur a agi ainsi « *ne ex dolo suo lucrentur* ». Malheureusement ce motif n'est pas exact. S'il était vrai, en effet, il faudrait en conclure :

1^o Que les personnes ci-dessus ne sont tenues que dans la mesure de leurs profits ;

2^o Qu'elles échappent à l'action si elles n'ont pas profité. Or cela n'a pas lieu ; bien au contraire, l'ascendant ou le patron sont tenus au-delà de leurs profits et même s'ils n'ont pas profité de leur dol, car l'action *in factum* que l'on délivre contre eux a pour but unique de leur éviter l'infamie. Par conséquent, le vrai motif pour lequel le prêteur a inventé cette action *in factum* est d'empêcher la victime d'être appauvrie et non pas, comme le dit le texte, d'empêcher le coupable de s'enrichir par son dol.

32. A ces personnes, contre lesquelles l'action de dol n'est pas possible, il faut ajouter les cités (1) et en général les personnes morales. Le motif, c'est que les personnes morales n'ont pas l'imputabilité délictuelle. Cependant, un texte nous dit qu'une violence, une contrainte peut être exercée par une cité au préjudice d'un particulier. C'est la loi 9, § 1, Dig. *Quod met. caus.* IV, 2. Mais c'est là une façon de parler qui est elliptique sans être exacte. Il s'agit de la contrainte exercée par les représentants de la cité, laquelle peut ainsi emprunter l'*animus* de ses représentants. Aussi dirons-nous que l'action *de dolo* est impossible contre les personnes morales et qu'elle sera donnée seulement contre ses représentants individuellement.

Mais le texte (1) ajoute que si, en fait, la cité s'est

(1) Loi 15, § 1. Dig. *De dolo malo*, IV 3.

enrichie par suite du dol de ses représentants, elle sera tenue de l'action dans la mesure de son profit. Ce ne sera d'ailleurs qu'une action *in factum* limitée aux profits, perpétuelle et non infamante. Ajoutons que, dans ce cas, les représentants de la cité pourront être poursuivis pour le surplus du préjudice causé. Enfin les textes parlent quelquefois de villes punies, mais il s'agit toujours des faits de leurs représentants ou de leurs habitants. Ceci, du reste, est en dehors du droit et du domaine de la politique.

II. Caractère arbitraire de l'action de dol.

33. Un autre caractère de l'action de dol est d'être une action arbitraire : le juge ne prononce la condamnation pécuniaire que si le défendeur refuse de fournir au demandeur la satisfaction déterminée par l'*arbitratus* (1), c'est-à-dire que dans la procédure de cette action « une porte reste ouverte au défendeur qui veut être absous » et échapper à l'infamie malgré son échec. Le résultat important du caractère arbitraire de l'action de dol est de tempérer les inconvénients que l'action eût présentés, si elle eût été une pure action en réparation du préjudice causé. Nous savons qu'elle n'aboutissait qu'à une condamnation pécuniaire. Aussi, à supposer que cette règle eût été admise sans tempérament, il eût pu en résulter de graves inconvénients. Par exemple, la partie lésée peut tenir à recouvrer sa chose elle-même plutôt qu'un équivalent en argent. C'est pourquoi le

(1) *Arbitrio judicis in hac quoque actione restitutio comprehenditur et, nisi fiat restitutio, sequitur condemnatio quanti ea res est.*

préteur organisa un système qui aboutit à obtenir, au moins d'une manière indirecte, les avantages d'une action en nullité. Il consista à donner à l'action de dol le caractère arbitraire. Grâce à lui, le juge de l'action, avant de condamner le défendeur, peut l'inviter à rétablir la victime du dol dans sa situation antérieure, et si le défendeur obéit, on arrivera au résultat d'une nullité indirecte de l'acte.

Ce système a un avantage pour les deux parties : pour le demandeur qui recouvre sa chose en nature et pour le défendeur qui évitera la condamnation et l'infamie, s'il exécute volontairement le *jussus judicis*.

35. Quelle est la nature de l'acte que le juge prescrira au défendeur à l'action *de dolo* ?

Le principe, c'est que le défendeur, s'il veut éviter la condamnation pécuniaire, doit « *restituere* », c'est-à-dire rétablir la partie lésée dans la situation exacte où elle se trouvait avant l'acte dommageable, toutes les fois que ce rétablissement est possible. Ceci dit, le juge peut prescrire tantôt une *res juris*, tantôt une *res facti*, tantôt toutes les deux à la fois.

Res juris : C'est l'accomplissement d'un acte juridique de la volonté. Exemple : translation de propriété, remise de dette.

Res facti : C'est l'accomplissement d'un fait non juridique. Exemple : remise matérielle d'une chose, évacuation d'un immeuble.

Cette distinction a un grand intérêt au point de vue de l'intervention de la *manus militaris*. Parmi les textes antérieurs au troisième siècle, aucun ne fait allusion à l'exécution forcée du *jussus judicis*. Selon M. Accarias, l'exécution forcée par la *manus mili-*

taris ne serait apparue qu'au temps d'Ulpien, dont un texte, unique il est vrai, nous la présente comme reçue dans la pratique de son temps (Loi 68. *De rei vind.* VI, 1). Aussi M. Accarias rejette-t-il également deux systèmes absolus, dont l'un prétend que la *manus militaris* resta inconnue pendant toute la durée du système formulaire, et l'autre que l'exécution *manu militari* apparut avec la *formula petitoria*. D'après ce dernier système, on allègue un texte de Cicéron où il est dit que le juge doit *cogere reum restituere aut condemnare eum* (*In Verr.* 2^a, act. II, 12). M. Accarias ne voit là qu'une alternative imposée au défendeur et non point une allusion à l'exécution forcée du *jussus*. Or, cette *manus militaris* n'est pas possible si c'est une *res juris* ; elle l'est au contraire s'il s'agit d'une *res facti*.

Reprenons ces trois cas :

a) *Res juris*. — Le juge la prescrira :

1^o Quand, à la suite d'un dol du débiteur, un créancier a consenti une remise de dette par acceptilation. Le juge ordonnera au défendeur ou bien de payer sa dette, si elle est certaine et échue, ou bien de se replacer dans les liens de la dette en fournissant les mêmes sûretés ; et, si les cautions refusent, le défendeur devra en fournir d'autres aussi solvables que les anciennes. C'est dans cette seconde alternative que consiste la *res juris*. Pourquoi le juge la prescrit-il ici ? C'est que l'*acceptilatio* faite, quoique entachée de dol, a une existence juridique et a éteint la dette *jure civili*. D'où il résulte que le défendeur devra contracter une nouvelle dette pour rétablir les choses.

2^o Si l'acte entaché de dol a été la remise d'une servitude, le juge prescrira une *res juris* en ordonnant au défendeur de rétablir cette servitude.

3° Quand l'acte frauduleux est une promesse d'argent extorquée par dol, le juge prescrira encore une *res juris* en ordonnant au défendeur d'éteindre cette promesse par une acceptilation.

b) *Res facti*. — Le juge la prescrira :

1° Si le possesseur d'un objet a été déterminé par dol à en livrer la détention ou la possession. Par exemple : à titre de louage ou de commodat. Le juge ordonnera de rendre simplement la chose.

2° Quand un immeuble se trouve grevé d'une servitude d'usufruit et que le nu-propriétaire élève une construction sur ce terrain, le juge ordonnera la démolition de cette construction.

c) Enfin le juge prescrit à la fois une *res juris* et une *res facti* :

1° Si l'acte dolosif est une aliénation faite à l'auteur du dol lui-même, le juge ordonnera la retransmission de la propriété : *res juris*, et la remise de la possession : *res facti*, parce que l'aliénation, quoique dolosive, existe *jure civili*. En outre, le défendeur devra fournir la *cautio de dolo* pour garantir tout préjudice dans l'exécution du *jussus*.

2° Si le défendeur à l'action de dol est le maître d'un esclave, auteur du dommage, le juge lui prescrira de faire abandon noxal de l'esclave : *res juris*, et d'en livrer ensuite la possession : *res facti*. Cf., loi 9, § 5 et 7, et loi 10, § 1, *Quod metus causa*, IV. 2.

Dans tous ces cas, si le défendeur exécute le *jussus judicis*, les textes décident qu'il évitera la condamnation pécuniaire et l'infamie. Loi 6, § 3. Dig. *De his. q. not. inf.* III, 2. Dans ce cas, le procès se trouve terminé.

35. Maintenant, quelle sera la conséquence du défaut d'exécution du *jussus judicis* ? Pour résoudre

cette question, il faut combiner la loi 18 Pr. du titre *de dolo* avec le § 1 de la même loi et on arrive ainsi à distinguer six hypothèses que nous allons passer rapidement en revue.

I. *Première hypothèse :*

C'est l'hypothèse de la *contumacia*, le défendeur refuse purement et simplement d'exécuter le *jussus*.

Ici une sous-distinction s'impose :

a) *Le jussus judicis prescrit une res juris.* —

Nous avons déjà dit que dans ce cas la *manus militaris* n'est pas possible (1). En effet, le défendeur ne peut être contraint par la force à faire des actes qui ont un caractère volontaire. Mais, dira-t-on, le juge ne pourrait-il pas déclarer que la propriété, par exemple, serait transférée *ipso facto* au demandeur ? Non, le juge n'a jamais ce pouvoir en droit romain, sauf dans les actions divisoires. La seule sanction possible, si le défendeur refuse d'exécuter le *jussus* dans les *res juris*, sera une condamnation pécuniaire. Le texte (loi 18 Pr. *de dolo*) nous dit comment cette condamnation sera fixée :

1° D'abord « *quanti ea res est* ». — Ceci demande quelques explications. Tout d'abord ces mots indiquent que, dans l'action *de dolo*, la *condemnatio* est *incerta*. Cela tient à ce que le montant du dommage est nécessairement indéterminé. Mais quel est le sens exact de cette expression ? On peut dire : « C'est « la valeur vénale de la chose », ou bien : « le montant de tout l'intérêt pécuniaire qu'aurait eu le demandeur à ne pas subir le dol ». C'est, croyons-nous, ce second sens qu'il faut adopter. En ce sens, lois 13 et 19. Dig. *Ratam rem haberi*. XLVI, 8. De

(1) Cf., n° 34. *Supra*.

même, loi 1 Pr. *De act. empti*. XIX, 1. Il y a pourtant des textes qui s'attachent au premier sens. Ainsi les lois 179 et 193. Dig. *De verb. signif.* L, 16, admettent le sens de « valeur vénale de la chose ». On peut expliquer cette contradiction en disant qu'à l'origine le sens des mots « *quantum ea res est* » devait être le premier que nous avons indiqué, par suite de cette idée que la valeur vénale était plus conforme au caractère matérialiste du droit primitif. Plus tard une théorie plus large et plus équitable a prévalu, et la notion du « *id quod interest* » s'est substituée à l'idée primitive.

2° Le texte ajoute que le montant du « *quantum ea res est* » est fixé par le serment de la victime. Le texte semble dire que c'est le caractère incertain de la *condemnatio* qui rend possible le serment. Cela est juste, en effet, car si la *condemnatio* était *certa*, le serment serait impossible. Un autre motif du serment, c'est que le prêteur a vu là le moyen de forcer le défendeur à exécuter le *jussus* volontairement par crainte d'une condamnation trop élevée.

3° Enfin ajoutons que, dans les actions *de dolo* et *quod metus causâ*, le juge a le pouvoir de fixer une *taxatio*, c'est-à-dire un maximum que le serment ne devra pas dépasser. C'est une différence avec l'action en revendication où la *taxatio* n'a pas lieu (Gaius. *Comm.* IV, § 51).

b) *Le jussus judicis prescrit une res facti.*

Si le défendeur, dans ce cas, refuse d'exécuter le *jussus*, la *manus militaris* est-elle possible ? En théorie, oui : mais les textes l'autorisent-ils ?

La possibilité de la *manus militaris* résulte d'un texte d'Ulpien, texte unique, il est vrai, mais qui nous la présente comme reçue dans la pratique de

son temps, loi 68. Dig. *De rei vindic.* VI, 1. On a pourtant discuté sur ce point et on a émis quatre systèmes :

1° Les uns (1) disent que la loi 68 a été altérée par Justinien et que la *manus militaris* n'a jamais été possible dans le droit classique. On peut répondre à cela que si Justinien avait corrigé le texte d'Ulpien, on n'y trouverait certainement pas l'expression « *manu militari* », attendu que depuis l'année 393, la force militaire ne pouvait plus être mise au service d'intérêts purement privés (2), alors que le *Corpus* fut promulgué en 533.

2° Une seconde opinion (3) distingue « entre le possesseur bien élevé qui dit « *non possum restituere* », et celui qui dit effrontément « *nolo* ». « L'exécution forcée serait admise contre le premier et refusée contre le second. Celui qui veut garder la chose d'autrui n'aurait donc, pour y réussir, qu'à montrer un peu de cynisme et à braver ouvertement l'autorité du juge ! A coup sûr, ce n'est pas là une idée bien pratique. Vainement fait-on remarquer qu'Ulpien suppose un défendeur qui allègue ne pouvoir restituer, tandis que, d'après d'autres textes (Loi 8. Dig. *De in lit. jur.* XII, 3. — L. 73. *De fid.* XLVI, 1), c'est le refus de restituer qui est sanctionné par une condamnation excessive. Cela ne prouve qu'une chose : c'est que le demandeur pouvait à son choix recourir à la *manus militaris* ou demander une condamnation dont lui-même fixerait le chiffre. Quant au langage d'Ulpien, il s'expli-

(1) Cf. Girard. *Droit romain*, p. 988 et note 3.

(2) Loi 1. Cod. *De off. mil. jud.*, I, 46.

(3) Accarias. II, 3^e édit., p. 1141, note 1.

« que par cette observation très simple que la mauvaise
« volonté cherche presque toujours des prétextes
« pour se dissimuler et que le « *non possum* » n'est
« souvent qu'une forme polie pour dire « *nolo* » (1).
« Virgile nous en donne un exemple frappant :

« *Ipse fatebatur ; sed reddere posse negabat* (2). »

3° On dit encore : l'exécution forcée a été possible dès le début et de tous temps. Nous répondrons, avec M. Accarias, que l'exécution forcée ne fut pas admise dès l'origine. Il n'était pas dans l'esprit de l'ancien droit romain d'autoriser les juges, c'est-à-dire de simples particuliers, à user des voies de coercition : elles rentraient dans l'*imperium* et n'appartenaient par conséquent qu'aux magistrats.

4° Nous admettons que la *manus militaris* n'a été possible qu'à la fin de la période classique. Il était en effet dans la logique naturelle des choses que le principe de l'exécution forcée finît par s'imposer. La loi 68 d'Ulpien n'a pas été altérée, et aucun texte ne nous dit que la *manus militaris* ait été possible dès le début de la procédure formulaire.

Donc la *manus militaris* étant possible quand il s'agit d'une *res facti*, en voici la conséquence. C'est encore M. Accarias qui nous l'indique. Supposons que le défendeur ait usucapé *pendente iudicio* ; la restitution, pour être complète, implique ici un transport de propriété qui ne s'opère pas contre le gré du propriétaire. La *manus militaris* ne peut vaincre que des obstacles de fait. Mais le demandeur pourra très bien se contenter de recouvrer la possession de la

(1) Accarias. Tome II, p. 993, note 2.

(2) Virgile. *Ecl.*, III, v. 24.

chose ; quant à la propriété, l'usucapion la lui rendra, car il aura un juste titre dans le *jussus judicis*.

36. II. *Deuxième hypothèse :*

Le défendeur n'exécute pas le *jussus judicis* par suite d'une impossibilité résultant de son dol.

Cela se présente par exemple si le défendeur a détruit la chose *dolo*, ou l'a aliénée à un tiers de bonne foi. Alors le défendeur subira une condamnation pécuniaire dont le montant sera fixé par le serment du demandeur.

37. III. *Troisième hypothèse :*

Le défaut d'exécution du *jussus* provient d'un simple cas fortuit.

La loi 18, § 1, *De dolo*, qui prévoit ce cas, dit « que le défendeur ne doit pas *dare* en vertu de l'*arbitrium* (1). » Cela signifie qu'il n'est plus question ici de l'exercice par le juge de l'*arbitrium*, ou, en d'autres termes, toutes les fois que la restitution est devenue impossible après coup par suite d'un cas fortuit, le caractère arbitraire de l'action *de dolo* disparaît forcément, par cette raison qu'on ne peut restituer une chose perdue. Cette décision est remarquable ; elle est fondée sur cette idée que l'objet de l'obligation du défendeur est déterminé une fois pour toutes, dès l'instant même de l'acte dolosif. Or, à ce moment du dol, l'objet de l'obligation porte sur la chose même du défendeur. D'où il résulte que l'exécution du *jussus judicis* devenant impossible par suite du cas fortuit, le caractère arbitraire de l'action cesse forcément, et le juge condamnera de suite le défendeur *in id quod*

(1) *Non tamen semper in hoc judicio arbitrio judicis dandum est.*

intersit. — Cette condamnation aura pour base l'intérêt pécuniaire du demandeur, mais il n'y aura pas lieu au serment, parce que le serment est la peine de la *contumacia* ou du dol. Or, ici, il n'y a ni l'un ni l'autre. Mais l'action sera néanmoins infamante.

Trois remarques sur cette hypothèse :

1° L'auteur du dol reste tenu et doit être condamné, malgré la perte fortuite. Cela résulte d'une règle de droit qui veut que tout débiteur tenu en vertu d'un délit ou *quasi ex delicto* soit de plein droit en demeure : il répond donc des cas fortuits. Tel le voleur.

2° L'auteur du dol reste tenu quoiqu'il ait perdu le profit de son dol, pourvu qu'on l'attaque dans l'année.

3° Enfin, la chose peut avoir péri par cas fortuit, mais après la sentence prononcée. Alors, pas de difficulté, les principes veulent que le défendeur condamné paie, malgré le cas fortuit, parce qu'il doit une somme d'argent. C'est ce qu'il faut admettre, malgré la loi 14, § 11. Dig. *Q. met. caus.*, IV, 2. Ce texte distingue suivant que la chose a péri pendant les délais (1) légaux accordés au défendeur pour exécuter le *jussus*, ou bien après ces délais. Si la chose périt avant l'expiration des délais, le débiteur sera libéré, car il n'est pas encore en demeure sur l'action *judicati*. — Si la chose périt après le délai, le débiteur devra payer.

38. IV. Quatrième hypothèse :

L'exécution du *jussus* possible au début est devenue impossible par suite d'une *culpa* du défendeur.

Nous adopterons ici la même solution que pour la

(1) Ces délais primitivement de deux mois furent portés à quatre mois par Justinien.

troisième hypothèse. Le caractère arbitraire disparaît, et le juge condamnera le défendeur *in id quod interest*.

39. V. Cinquième hypothèse :

Le défaut d'exécution du *jussus* provient de la résistance d'un tiers.

Par exemple, une acceptilation a eu lieu à la suite d'un dol. Nous avons dit qu'en pareil cas le débiteur devait se replacer dans les liens de la dette, en fournissant les mêmes sûretés, ou d'équivalentes; mais si les anciennes cautions refusent de se prêter à cet arrangement, et si le débiteur n'en trouve pas d'autres, l'exécution du *jussus* sera impossible, et on appliquera encore les mêmes règles que tout à l'heure.

40. VI. Sixième hypothèse :

L'exécution du *jussus*, ou le rétablissement de la partie lésée dans sa situation primitive n'a été possible à aucun moment, même volontairement par le défendeur.

Cela arrive quand il existe un obstacle légal.

Voici quelques-uns de ces cas :

Le cas d'un affranchissement accompli *dolo* ; le défendeur ne pourra plus revenir sur ce qu'il a fait. — Le cas d'une instance légitime qui se trouve périmée par suite d'un dol. — Enfin, le cas où un héritier a fait addition à une mauvaise succession, poussé par les manœuvres dolosives d'un des créanciers de cette succession. Ici encore, le défendeur ne pourra plus rétablir le demandeur dans sa situation primitive, parce qu'il lui est impossible de dégager l'héritier vis-à-vis des autres créanciers de la succession.

Que doit faire le juge dans ces cas ? Va-t-il prononcer

d'emblée une condamnation pécuniaire comme dans les cas précédents? On pourrait le croire. Et pourtant il faut admettre ici que l'action *de dolo* conservera encore son caractère arbitraire. La raison en est que si le juge prononçait sa sentence d'emblée le défendeur n'éviterait pas l'infamie. Aussi le juge devra-t-il user de son *arbitrium*. Seulement il établira en argent la condamnation véritable, et c'est cette somme d'argent qu'il ordonnera de payer par son *jussus*. Dès lors, si le défendeur obéit et paie, il évitera l'infamie.

Cette doctrine semble résulter de la loi 18, § 4, *De dolo*, et, de plus, elle se justifie très bien par les principes.

Pourquoi cette différence entre cette hypothèse et celle des cas fortuits?

Dans le cas d'une perte fortuite, la restitution étant possible, en droit, avant la perte, le défendeur devait opérer cette restitution en nature; et le cas fortuit rendant cette restitution impossible, le juge n'a plus qu'à condamner. — Au contraire, dans notre hypothèse, la situation est différente, car la restitution en nature n'a jamais été possible, même un seul instant. Par conséquent, l'objet de l'obligation du défendeur a été, dès le début, de payer un équivalent pécuniaire.

Enfin, même dans cette sixième hypothèse, il est un cas où la réparation pourra s'effectuer en nature. — Supposons, en effet, qu'un héritier ait répudié une bonne succession à la suite d'un dol. Si c'est l'auteur du dol qui a profité de cette répudiation — par exemple, s'il était substitué vulgaire, — le juge pourra très bien lui prescrire une satisfaction en nature et non plus en argent. Il ordonnera au défendeur coupable qui aura fait addition de retransférer à la victime tous les droits actifs recueillis dans la succession.

Tout cela se justifie par le caractère arbitraire de l'action de dol.

III. *Caractère subsidiaire de l'action de dol.*

41. Dire que l'action de dol est subsidiaire, c'est dire qu'on ne peut l'intenter toutes les fois qu'une autre voie de recours est possible contre le coupable. Ce caractère d'une grande importance, découle, comme toutes les autres restrictions à la généralité de l'action de dol, du caractère infamant de cette action. Le préteur a craint de multiplier outre mesure le nombre des infâmes, et, dans ce but, il a fait de l'action de dol une ressource suprême qu'il n'est permis d'utiliser qu'à défaut de toute autre voie de procédure. C'est bien là le motif que nous en donne Ulpien dans la loi 1, § 4, *De dolo*. « *Merito prætor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia actio non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a prætore decerni.* »

Les textes latins insistent longuement sur ce caractère. Nous étudierons d'abord les règles qui le consacrent, et nous verrons ensuite quelles sont les exceptions qu'il est possible d'y apporter.

De l'ensemble des textes à ce sujet, on peut tirer cinq règles spéciales où apparaît et où s'applique le caractère subsidiaire de l'action de dol.

42. PREMIÈRE RÈGLE. — *L'action « de dolo » sera refusée toutes les fois que la partie lésée a à sa disposition une action (1) proprement dite, soit civile, soit honoraire.*

(1) Nous prenons ici le mot « action » au sens technique, à l'époque classique. Nous entendons, par là, le droit résultant de la *litiscontestatio*, et en vertu duquel le demandeur peut se présenter *in judicio*.

Les applications de cette règle sont nombreuses, nous en signalerons seulement une ici.

§ I. Première application.

Elle se trouve dans les contrats de bonne foi. Nous savons, en effet, que dans ces contrats chaque partie a toujours à sa disposition l'action du contrat. Donc l'action *de dolo* ne sera pas possible quand le coupable est l'une des parties, et sans distinguer si le dol a été commis dans la formation ou dans l'exécution du contrat. C'est ainsi que Cicéron (1) a pu dire que le dol trouvait déjà sa répression dans l'action même du contrat.

Or, cette action du contrat a sur l'action de dol des avantages :

Elle est perpétuelle, tandis que l'action de dol est annale ;

Elle est transmissible passivement contre les héritiers, ce qui n'est pas, au moins en principe, pour l'action de dol ;

Enfin, au contraire de l'action de dol, l'action du contrat n'est pas infamante : d'où grand avantage pour le défendeur.

Est-ce à dire cependant que l'action *de dolo* ne sera jamais donnée à l'occasion d'un contrat de bonne foi ? Non, et nous verrons que cela pouvait arriver dans plusieurs circonstances, quand la victime n'avait pas d'autres voies de recours, ce qui confirme notre règle.

43. DEUXIÈME RÈGLE. — *L'action « de dolo » est refusée toutes les fois que la partie lésée a un interdit à son service.*

(1) *De officiis*. III, 15.

« Dans certains cas, dit Gaïus (IV, § 139), le préteur ou le proconsul interpose son autorité d'une manière principale en vue de terminer les procès, et cela surtout lorsque deux personnes se disputent la possession ou la quasi-possession. En résumé, il ordonne ou défend de faire quelque chose. Les formules et les paroles dont il se sert pour cela s'appellent *interdits* ou décrets (1).

L'interdit n'est donc pas une action : c'est un *ordre* que le préteur émet en vue de résoudre entre les parties une situation non prévue par les lois générales.

Mais si l'interdit n'est pas une action, il est une cause d'action. Et si l'une des parties désobéit à l'ordre ou à la défense contenus dans l'interdit, le préteur délivrera contre elle une formule d'action, dans laquelle le juge examinera s'il a été, ou non, contrevenu à l'ordre ou à la défense.

D'après notre deuxième règle, cette action à laquelle donne lieu l'interdit exclura l'action *de dolo*.

En voici l'application :

A l'origine, on admettait en droit romain que, si un tiers occupait clandestinement un immeuble, la possession était perdue par la seule perte du *corpus*, et on donnait alors au véritable propriétaire un interdit *de clandestina possessione* contre la personne qui s'était emparée d'un fonds sans violence en l'absence du possesseur. Plus tard, on décida que la possession d'un immeuble pouvait se conserver *animo solo*. Il en résulta que la possession n'eut plus besoin d'un interdit *recuperandæ possessionis*, mais qu'il lui suffit d'un interdit *retinendæ possessionis*, tel que

(1) Accarias. Tome II, n° 950.

l'interdit *uti possidetis*. — Dans ce cas, il ne pouvait intenter l'action *de dolo*, en même temps que l'interdit, contre celui qui, par dol, s'était emparé de la chose.

De même, quand un nu-propriétaire avait élevé des constructions *vi aut clàm* sur le terrain soumis à l'usufruit, et si l'usufruitier était encore en possession et en jouissance du terrain, l'action *de dolo* n'était pas possible, parce que l'usufruitier avait alors à son service l'interdit *quod vi aut clàm*.

44. TROISIÈME RÈGLE. — *L'action « de dolo » est refusée toutes les fois que la partie lésée a à sa disposition un moyen de défense opérant « ipso jure. »*

Cette règle nous est indiquée par la loi 1, § 5, *De dolo malo*, IV, 3 :

« Idem Pomponius ait, et si actionem in nos dari non oporteat, veluti si stipulatio tam turpis dolo malo facta sit, ut nemo daturus sit ex eâ actionem, non debere laborare, ut habeam de dolo malo actionem : cum nemo sit adversus me daturus actionem. »

Le texte suppose une stipulation déterminée par dol, mais frappée d'une nullité radicale à raison de son objet immoral. Par exemple, on a stipulé quelque chose contraire aux bonnes mœurs. Pomponius a ici en vue l'hypothèse dont il est question aux lois 26, 27 et 35, § 1, Dig. *De verb. oblig.*, XLV, 1. *« Si quis homicidium vel sacrilegium promittat... Si sororem suam nupturam... stipuletur. »*

Dans ces cas, la stipulation est nulle; la partie lésée est protégée par cette nullité, et c'est pourquoi les textes lui refusent l'action de dol.

Il faut étendre ceci à tous les cas où l'obligation est nulle *ipso jure*. Par exemple, si l'objet promis est hors du commerce, ou si un pupille a promis *dolo* sans l'*auctoritas* du tuteur; là encore pas besoin de l'action de dol.

Mais faut-il dire la même chose dans le cas d'une obligation immorale, non plus par son objet même, mais à raison de sa *causa*? En voici un exemple : on a promis par stipulation à quelqu'un une somme d'argent ; mais il est convenu qu'en retour le stipulant devra accomplir un acte immoral. — Nous répondrons que, dans ce cas, l'action *de dolo* devra être refusée, mais non pas en vertu de la troisième règle. Car le contrat se formera, la cause n'étant pas exprimée dans l'acte. En effet, le droit civil ne se préoccupe pas de la cause du contrat, quand celle-ci n'est pas exprimée dans les *verba*. Si la cause était exprimée, il en serait autrement : la stipulation serait nulle. Mais, dans notre hypothèse, quoique le contrat se forme d'après le droit civil, il ne s'ensuit pas qu'il sera exécuté. Si le promettant est attaqué, il opposera *in jure* la *turpis causa* de sa promesse; et alors de deux choses l'une : ou bien les faits d'immoralité seront établis, et le magistrat refusera l'action au demandeur ; — ou bien ces faits seront douteux, et le prêteur délivrera la formule au stipulant, mais en même temps il insérera dans la formule de l'action une exception *doli* ou *in factum* au profit du promettant, par laquelle il enjoindra au juge d'absoudre ce dernier si les faits ne sont pas exacts. Cf. Loi 8. Dig. *De condict. ob. turp. caus.* XII, 6. Cette exception protégeant suffisamment le promettant, il n'y aura pas lieu à l'action *de dolo*.

Que faut-il décider si l'obligation immorale par son objet ou par sa cause a été exécutée *en fait*?

Si l'obligation est immorale par son objet, on ne pourra évidemment pas répéter.

Mais si c'est la cause de l'obligation qui est immorale, aura-t-on l'action *de dolo* en répétition? Non, parce que le promettant a une autre action pour le protéger. C'est la *condictio ob turpem causam*. Loi 1, § 2. Dig. *De condict. ob. turp.*, XII, 6.

45. QUATRIÈME RÈGLE. — *Là où un autre moyen est possible, l'action « de dolo » est refusée, même si cet autre moyen se trouve prescrit ou éteint « tempore. »*

Cette règle nous est indiquée par Pomponius qui rapporte l'opinion de Labéon : « *et si alia actio tempore finita sit, hanc [actionem de dolo] competere non debere* » (Loi 1, § 6. *De dolo*, IV, 3.)

La pensée de Labéon est la suivante : la partie lésée qui n'a pas exercé à temps l'autre moyen dont elle pouvait disposer pour se faire indemniser ne doit s'en prendre qu'à elle-même si elle a perdu ; et cette négligence ne doit pas retomber sur l'auteur du dol. Cependant la fin du texte ajoute que si le moyen d'agir se trouve perdu par suite d'un nouveau dol, l'action *de dolo* redeviendra possible.

Il y avait des circonstances où, d'après l'édit du préteur, le magistrat venait au secours d'une partie qui avait perdu son action. C'était, par exemple, le cas d'une absence légitime pour cause de services publics. — Il est évident que le texte ne suppose pas cette hypothèse, mais qu'il prévoit bien la négligence de la victime du dol.

Au premier abord, cette règle est fort simple ; mais elle devient difficile quand il s'agit de savoir quelle est l'hypothèse exacte que le texte a en vue. Car on doit

se demander quelle est cette action éteinte *tempore*, et l'on ne voit pas bien ce qu'elle peut être.

Constatons d'abord qu'à l'époque de Labéon les actions civiles étaient perpétuelles, et les actions prétoriennes, annales. Sans doute le texte peut viser l'une de ces dernières, mais laquelle? Cujas prétend que c'était l'action rédhibitoire. Elle était donnée par les édiles en matière de vice rédhibitoire et durait six mois seulement. On pourrait donc penser que Labéon a en vue un acheteur trompé qui a laissé passer les six mois utiles et qui voudrait quand même agir par l'action *de dolo*.

Cette opinion de Cujas ne peut être admise, car il faut supposer le vendeur coupable de dol, et, dans ce cas, il était tenu de l'action *empti*. Or, cette action est civile et perpétuelle. Donc, même après les six mois, l'acheteur restera toujours armé de cette action du contrat et ne pourra agir par l'action *de dolo*.

Comment donc expliquer ce texte?

Si l'on prend le mot « action » dans son sens le plus large, c'est-à-dire signifiant « voie de recours quelconque », on n'aura pas à aller bien loin pour trouver le cas visé par Labéon. Il suffira d'admettre que ce qu'il appelle « *alia actio* » est la *Restitutio in integrum* elle-même. Cette dernière, en effet, est essentiellement temporaire, et ne durait qu'une année. Le texte veut donc dire que si la victime laisse passer ce délai d'un an sans intenter la *restitutio*, elle ne pourra plus se réfugier dans l'action de dol.

Cette explication est admissible, nous le croyons ; mais sans être obligé d'étendre le sens du mot *actio*, et, en prenant ce mot dans son sens propre, on peut quand même interpréter le texte. Il s'agira alors du cas du *sponsor* ou du *fidepromissor*. On sait, en

effet, que l'action du créancier contre les *sponsores* ou *fidepromissores* s'éteignait par le bref délai de deux ans. Ainsi l'avait décidé une loi *Furia* (Cf. Gaius, III, § 121). — Cela étant, supposons une dette d'un corps certain et garantie par un *sponsor*. Ce dernier a détruit par dol l'objet dû, six mois avant l'expiration des deux ans. Le créancier aurait encore ces six mois pour agir par l'action de dol, et, s'il laisse expirer ce délai, il ne pourrait plus agir.

46. Voilà la pensée de Labéon expliquée, mais tout n'est pas dit sur ce point, et nous entrons au contraire dans les difficultés.

Labéon vient de nous dire que si le temps pendant lequel une autre action était valable est écoulé, l'action de dol est impossible, et voici qu'une loi 14, Pr. Dig. *De aq. et aq. pluv. arc.* XXXIX, 3, semble indiquer tout le contraire : « *Antæus ait, si is qui opus fecerit, potentiori vendiderit prædium; quatenus de sierit dominus esse, agendum cum eo quod vi aut clam; quod si annus præterierit, de dolo judicium dandum.* »

Pour comprendre ce texte, il faut des explications préalables. On suppose que le propriétaire d'un fonds a fait des travaux de nature à nuire à la propriété voisine en faisant dériver, par exemple, sur celle-ci, les eaux pluviales, qui, naturellement, n'y auraient pas coulé. Dans ce cas, l'auteur des travaux était tenu d'une action *pluviae arcendæ*, donnée par la loi des Douze Tables. Or, si, avant d'être attaqué, le propriétaire a aliéné son fonds, l'action cessait d'être possible contre lui, et était donnée contre le nouvel acquéreur, mais uniquement dans le but de rétablir les lieux dans leur état primitif. De plus, ce nouvel acquéreur n'e

devait que tolérer les travaux du voisin, lequel ayant fait les frais pouvait se retourner contre l'ancien propriétaire par la voie d'un interdit *quod vi aut clàm*.

Dans ces conditions, le texte suppose que cet ancien propriétaire, auteur des travaux, a vendu son fonds à un personnage puissant, *potentior*, dans l'espoir que le voisin n'oserait pas l'attaquer. C'est une ruse ; mais le texte décide que ce vendeur sera tenu par l'interdit *quod vi aut clàm*, et si le voisin laisse passer, sans agir, l'année, délai de l'interdit, il lui restera la ressource de l'action de dol.

Indépendamment de la difficulté que soulève ce texte par suite de sa contradiction avec la loi 1, § 6, *De dolo*, il en présente deux autres également importantes :

1° D'abord si le voisin laisse périmer l'interdit, il aura l'action de dol, et la loi 14 ne suppose pas qu'un nouveau dol ait été la cause de son inaction, ce que prévoit la loi 1, § 6. — On a voulu voir là une contradiction, et on a prétendu corriger le texte d'Ulpien par cette loi 14. Le texte d'Ulpien, dit-on, est trop sévère, et il n'est pas nécessaire de supposer un dol dans le fait de l'expiration du délai.

Cette opinion doit être repoussée.

D'abord le texte d'Ulpien est formel. Quant à la loi 14, elle ne dit rien de contraire, et, selon Cujas, il faut l'interpréter d'après la règle posée dans le texte d'Ulpien. On doit supposer un dol nouveau ayant empêché d'agir en temps utile, autrement l'action *de dolo* ne se comprendrait pas. En effet, si, parce que le fonds a été vendu à un *potentior*, on veut donner l'action *de dolo*, il arrivera que cette dernière action, étant elle-même annale, se prescrira en même temps que l'in-

terdit. Il faut donc absolument supposer un nouveau dol.

2° Dans le cas d'aliénation à un *potentior*, la loi 14 mentionne l'interdit *quod vi aut clàm*; or, dans ce cas, le prêteur donne, non pas un interdit, mais une véritable action *quod judicii mutandi causa*. Cujas en conclut que cette loi a dû être altérée et qu'elle devrait mentionner l'action plutôt que l'interdit. Mais il n'est pas nécessaire de supposer une altération de texte; car, dans la loi 14, Paul rapporte l'opinion d'Antæus, ancien jurisconsulte, et c'est bien de l'interdit qu'il s'agit. C'est plus tard, en effet, quand l'action du titre VIII, *De alienatione, judicii mutandi causa, facta*, créée d'abord pour les provinces, a été appliquée à Rome, qu'on l'a donnée à la place de l'interdit.

3° Nous arrivons à la troisième difficulté qui se rapporte au caractère subsidiaire de l'action de dol. Dans l'espèce de la loi 14, même en supposant un dol nouveau, il semble que le voisin peut agir par une autre voie. Il est de principe, en effet, que les actions prétoriennes annuelles s'éteignent seulement *exceptionis ope*, et, si le défendeur prétend que le demandeur a laissé passer le délai utile, le prêteur insérera dans la formule une *annua exceptio* (Cf. loi 1, § 10, *Quand. de pecul.*, XV, 2) par laquelle l'action, quelle qu'elle soit, sera seulement éteinte *exceptionis ope*. Or, l'interdit *quod vi aut clàm* était aussi éteint *exceptionis ope*, loi 15, § 5. Dig. *Quod vi aut clàm*, XLIII, 24.

Ceci dit, voici la difficulté :

Puisque l'interdit n'est que paralysé par l'*exceptio annua*, nous disons que la partie lésée n'a pas besoin de l'action *de dolo*. Elle a une autre voie de recours.

Elle pourra reprendre son interdit, et si l'auteur du dol essaie de lui opposer l'*annua exceptio*, le demandeur, par une *replicatio doli*, tirée du dol nouveau, repoussera l'exception et gagnera son procès. — Donc la loi 14 présente une difficulté, puisqu'elle donne l'action *de dolo* qui ne semble pas indispensable.

M. Accarias (1) néglige d'examiner ce point. Il est vrai qu'avec son système il eût pu répondre facilement, car il admet que les actions annuelles prétoriennes s'éteignent tantôt *ipso jure*, tantôt *exceptionis ope*, sans règles fixes. Et il s'appuie sur notre texte d'Ulpien. — Mais cette opinion est inadmissible. Les mots *ipso jure* signifient « en vertu du droit civil » ; or, une action prétorienne ne peut s'éteindre par le droit civil. De plus, le texte d'Ulpien ne vise que la *Restitutio in integrum*.

47. Pourquoi donc la loi 14 n'a-t-elle pas donné l'ancien interdit qui n'est que paralysé, au lieu de l'action *de dolo* ?

La réponse à cette difficulté est une explication historique. La loi 14 suppose un interdit. Or, à l'origine, les interdits ont été absolument distincts des actions proprement dites. Nous l'avons déjà dit, l'interdit n'était qu'une cause d'action, et, par conséquent, il ne pouvait être question, en cette matière, ni de formule, ni d'exception, ni de réplique. — Donc, le délai passé, tout était fini, et voilà pourquoi la loi 14 ne parle pas d'exception, et donne l'action *de dolo*.

Mais, plus tard, il y eut un changement profond. Les interdits finirent par se confondre avec les actions

(1) Accarias. Tome II, n° 925, sqq.

in factum qui en résultaient. Le motif de ce changement fut que l'édit du préteur faisait connaître d'avance, par voie générale, les conditions dans lesquelles l'interdit serait donné. Il devenait alors inutile de le demander; on continua cependant à le faire pendant quelque temps. Mais bientôt on se borna, en cas de désaccord sur le point de savoir si les conditions de l'interdit étaient remplies, à demander directement une formule d'action au magistrat. C'est ce qui explique le langage d'Ulpien, disant que l'interdit *quod vi aut clam* peut être repoussé par une *annua exceptio*; il a en vue l'action qui résultait de l'interdit et non pas l'interdit lui-même.

Nous concluons de là :

D'une part, toutes les fois que la partie lésée aura été par dol de l'adversaire empêchée d'agir, soit dans le délai de la *Restitutio in integrum*, comme le suppose la loi 1, § 6, *De dolo*, soit dans le délai d'un interdit proprement dit, comme le suppose la loi 14 précitée; dans tous ces cas, puisqu'il ne peut être question ni d'exception, ni de réplique, c'est l'action *de dolo* qui sera donnée.

D'autre part, au contraire, si l'action que la victime avait à sa disposition était une action prétorienne annale proprement dite, comme l'action *in factum judicii mutandi causa*, ou bien une action *in factum* résultant d'un interdit, on devra refuser l'action *de dolo* à la victime, même dans l'hypothèse d'un dol nouveau, car elle devra alors reprendre son action prétorienne, paralysée seulement par l'*annua exceptio*, en opposant à celle-ci une *replicatio doli*.

48. CINQUIÈME RÈGLE. — *Si la partie lésée peut avoir à sa disposition une action pénale ou une*

action populaire, l'action « de dolo » lui sera refusée.

Cette règle est simple et semble faire double emploi avec les précédentes ; nous allons voir qu'il n'en est rien. Nous étudierons cette règle en deux paragraphes.

§ I. Action pénale :

... Et si pœnali actione indemnitati ejus consuli possit, dicendum erit, cessare de dolo actionem.
(Loi 7, § 1. *De dolo*. IV, 3).

De quelle action pénale peut-il s'agir ici ?

Ce n'est pas d'abord une poursuite au criminel, *judicium publicum*, car l'action *de dolo* se cumule avec cette poursuite. Il doit donc s'agir d'une action spéciale ; autrement cette règle serait inutile.

Remarquons que les mots « *action pénale* » ont un sens différent suivant qu'on se place au point de vue du défendeur ou à celui du demandeur, c'est-à-dire de la partie lésée.

Au point de vue du défendeur, toute action délictuelle est pénale, parce que le but principal de l'action est de punir le coupable. Il est vrai que quelquefois on ne lui enlève que le profit de son délit ; mais ce résultat n'est pas le but de l'action. C'est la punition qu'elle poursuit ; aussi est-elle donnée même si le coupable n'a pas profité, et ses héritiers y échappent.

Il n'y a qu'une action qui pourrait faire doute à ce point de vue : c'est la *condictio furtiva*. Elle est donnée contre le coupable et ses héritiers pour le tout, même s'ils n'ont plus la chose. Et pourtant il ne faut pas voir dans la *condictio furtiva* une action délictuelle. C'est une action donnée à l'occasion du vol, mais qui n'en découle pas. Elle n'est qu'une variété de la *condictio sine causâ* et est fondée sur cette

idée que le voleur ne doit pas s'enrichir injustement. Si elle est donnée, même quand le voleur ne possède plus la chose, cela tient à cette idée que le voleur et ses héritiers sont de plein droit en demeure et répondent de la perte de la chose due. La seule action délictuelle qui découle du vol est l'action *furti*. Donc, du côté du défendeur, toute action délictuelle est pénale.

49. Au point de vue du demandeur, les actions délictuelles n'ont plus le même caractère (1).

Il faut les distinguer en trois groupes :

a) 1^{er} groupe. — Ce sont les actions qui ont pour but unique d'enrichir le demandeur. Par exemple : l'action *furti*, l'action *injuriarum*, action *de albo corrupto*, action *de suspensis*.

Toutes ces actions tendent à enrichir le demandeur ; on les appelle : « actions pénales *ab utraque parte* ou *bilatérales* ».

b) 2^e groupe. — Ce sont les actions qui ont pour objet unique d'indemniser le demandeur. Ainsi l'action *de dolo*. Le demandeur n'est jamais enrichi par elles. On les appelle : « actions pénales *a parte rei* ».

c) 3^e groupe. — Actions qui ont les deux buts ci-dessus à la fois : enrichir le demandeur et l'indemniser. Par exemple : l'action *vi bonorum raptorum*. Ce sont les actions *mixtes*.

Or, de quelles actions veut parler le texte d'où est tirée notre loi ? A quel point de vue faut-il se placer : demandeur ou défendeur ? C'est le point de vue du demandeur qui doit prévaloir dans notre texte. D'abord une phrase le prouve : « *Si indemnitati ejus consuli possit* ». Puis, si le texte avait en vue toute

(1) Cf. *Suprà*, n° 29.

espèce d'actions délictuelles, il n'aurait pas d'intérêt propre et notre règle ne serait que la répétition d'une règle déjà posée. Donc le texte s'applique seulement aux actions pénales *bilatérales* comme l'action *furti*.

Mais il faut le restreindre encore davantage. On doit supposer que la partie lésée n'a qu'une action pénale à sa disposition sans qu'aucune autre action vienne se joindre à cette action pénale. Le conflit doit exister seulement entre l'action *de dolo* et une action pénale.

Or cette hypothèse paraît difficile à réaliser. Si on suppose en effet l'action *furti*, la victime a au moins trois actions à son service (1); et alors l'action *de dolo* sera exclue *à fortiori*. Il n'y aura pas d'intérêt à notre règle. Donc le cas n'est pas facile à trouver. Cependant on peut en prévoir deux, où un *furtum* donnera lieu seulement à l'action *furti*, sans que la partie lésée ait à son service aucune autre action persécutoire.

1^{er} cas. — Un *furtum* a été commis, non pas au préjudice du propriétaire, mais entre les mains d'un détenteur intéressé, tel qu'un mandataire, ou un ouvrier à qui la chose a été remise pour un travail, ou un commodataire. Toutes ces personnes devront avoir à leur disposition l'action *furti*, parce qu'elles sont responsables de leur *culpa levis* envers le propriétaire. Et comme on les suppose solvables, elles paieront de leur argent et souffriront du *furtum*. On leur donnera donc l'action *furti* contre le voleur, car cette action appartenait à tout détenteur ou possesseur qui avait intérêt à ce que le vol ne fût pas commis. En ce sens, Loi 14, § 15. Dig. *De furtis*. XLVII, 2.

(1) La revendication, — l'action *ad exhibendum*, — la *condictio furtiva*.

Or ces personnes n'ont aucune action persécutoire. Elles n'ont pas l'action en revendication, parce qu'elles ne sont pas propriétaires, ni l'action *ad exhibendum*, parce que cette action n'est, à l'époque classique, que le préliminaire de la revendication, ni la *condictio furtiva*, parce qu'elle n'est donnée qu'à ceux qui ont la propriété ou un droit réel sur la chose (1).

Ainsi apparaît l'intérêt de notre texte et de notre règle. On aurait pu dire en effet que ces personnes, n'ayant aucune action persécutoire en indemnité, devraient avoir l'action *de dolo*, et il y avait deux raisons de douter sur ce point :

1° En ce qui concerne le gérant, l'ouvrier ou le mandataire, on eût pu soutenir qu'il n'y a pas *furtum* envers eux, car ils n'ont ni la propriété, ni la possession, mais simplement la détention. Il n'y a donc ni *furtum proprietatis*, ni *furtum possessionis*, ni *furtum usûs*. Aussi n'est-ce pas comme volés qu'ils ont l'action *furti*, c'est uniquement parce qu'ils souffrent du vol, c'est par ricochet (2), et, sans notre texte, on leur aurait donné l'action *de dolo*.

2° On pouvait douter aussi pour un autre motif. Il est de principe que les actions purement pénales, comme l'action *furti*, se cumulent avec les actions persécutoires *a parte rei*, or l'action *de dolo* rentre dans cette dernière catégorie, et, sans notre règle, on eût pu croire que l'action *de dolo* pouvait se cumuler avec l'action *furti*.

2° cas. — Un fonds est grevé d'usufruit et un voleur a enlevé les fruits encore pendants qui n'étaient, par

(1) Loi 1 et loi 12, § 2. *De cond. furt.*, XIII, 1.

(2) Ils n'ont l'action *furti* en principe que s'ils sont solvables et peuvent indemniser le propriétaire (Cf. Accarias, II, p. 639).

conséquent, pas encore devenus la propriété de l'usufruitier. Celui-ci aura l'action *furti*, mais il n'aura aucune action persécutoire, car il n'est pas propriétaire. Il n'a donc qu'une action pénale et l'action *de dolo* pouvait sembler possible, mais notre texte la refuse formellement. Dans le même sens : Cf. loi 12, § 5. Dig., *De usufructu*. VII, 1.

Comment justifier cette règle ?

On peut d'abord invoquer le caractère essentiellement subsidiaire de l'action de dol. De plus l'on peut dire que l'action pénale a pour résultat effectif d'indemniser la victime, quoique « ce ne soit pas là son but juridique et que dès lors l'action de dol soit inutile, tout dommage étant effacé ».

50. § II. Action populaire :

« *Pomponius autem, etiamsi popularis actio sit, cessare de dolo ait actionem* ». Loi 7, § 2. *De dolo*.

L'action populaire était une action pénale privée qui offrait cette particularité que le droit d'en demander la formule appartenait à tout citoyen mâle. Les femmes ne l'avaient pas en principe. C'était une action privée ordinaire, et son résultat était une amende privée qui enrichissait le demandeur. Elle se rapprochait des actions criminelles par sa base, et parce que tout citoyen mâle pouvait l'exercer. On peut citer parmi ces actions populaires : l'action *de suspectis tutoribus*, *de albo corrupto*, *de sepulcro violato*.

Or le texte ci-dessus déclare qu'une action populaire suffisait à écarter l'action *de dolo*. Y avait-il donc une raison spéciale pour en douter ? Oui, car le droit de demander les actions populaires est un droit offert

à tous, et cette créance ne compte dans le patrimoine de personne, au moins jusqu'à la *litiscontestatio*.

C'est à ce moment seulement, où le droit se transforme en action, que le créancier sera déterminé. Par conséquent, on aurait pu dire que la victime aurait l'action *de dolo*, l'action populaire n'étant pas encore dans son patrimoine. Le texte s'y oppose, et le motif probable est le suivant : les jurisconsultes avaient admis qu'en cas de concours de plusieurs citoyens pour demander la formule d'une action populaire, celui-là devait être préféré qui justifiait d'un intérêt personnel. *In popularibus actionibus, is, cujus interest, præfertur*. Loi 3, § 1. Dig. *De popul. act.*, XLVII, 23. Donc la victime du dol devant avoir la préférence on lui refusera l'action *de dolo*.

51. Il nous reste à examiner une question très importante :

Ces cinq règles comportent-elles des exceptions ? En d'autres termes, l'action « de dolo » peut-elle concourir avec une autre action ?

Tout d'abord, on peut dire qu'elle comporte certainement une exception, et on a même prétendu qu'elle en comportait plusieurs.

PREMIÈRE EXCEPTION.

Voyons d'abord celle qui est certaine.

Elle résulte d'un texte formel d'Ulpien, loi 14, § 13, Dig., *Quod met. causa*, IV, 2 : *Eum qui metum fecit, et de dolo teneri certum est (et ita Pomponius) : et consumi alteram actionem per alteram, exceptione in factum opposita*. C'est l'hypothèse d'un acte accompli sous l'empire de la violence, et l'auteur de ce fait est tenu en même temps de l'action *de dolo* et de l'action *quod metus causa*. Par conséquent, l'action de

dol est possible en même temps qu'une autre action.

Cette anomalie a embarrassé les interprètes qui ont essayé de l'expliquer.

Cujas a proposé une explication historique. L'action *de dolo*, a-t-il dit, est antérieure à l'action *quod metus causa*. Elle était destinée, lors de son introduction, à réprimer les actes de violence aussi bien que ceux de dol, et, plus tard, au moment de la création de l'action *quod metus causa*, on aurait négligé de lui retirer cette application.

Cette explication pourrait être satisfaisante, si l'antériorité de l'action de dol était certaine. Mais, comme le fait remarquer M. Accarias (1), deux passages de Cicéron paraissent établir formellement le contraire : « Dans les *Verrines* (2^e Action, III, 55), il « mentionne une *formula Octaviana* instituée au « profit de ceux qui ont été dépouillés *per vim et* « *metum*. Et ailleurs, traçant à son frère les devoirs « d'un gouverneur de province, il lui propose pour « modèle la conduite tenue naguère à Rome par « Cnaeus Octavius. Grâce à ce magistrat, dit-il, les « créatures de Sylla étaient obligées de restituer les « biens qu'elles devaient à la violence et à la crainte « (*Ep. ad. frat.* I, 1, n^o 7). Que Cicéron se réfère à « une action, les expressions dont il se sert (*formula*, « *judicium dare ex edicto*) ne permettent guère « d'en douter, et cette action ne peut être que l'action « *quod metus causa*. C'est donc par Cnaeus Octavius « qu'elle fut imaginée. Or ce personnage fut consul « l'année qui suivit l'abdication de Sylla, c'est-à-dire « en 674, et cela même fixe la date de son innova-

(1) Accarias. Droit romain, t. II, n^o 844, p. 1076.

« tion (1) qui, par conséquent, nous apparaît un peu « antérieure à l'action *de dolo* », créée, comme on sait, en 688 par le préteur Aquilius Gallus.

Une seconde explication a été proposée par Faber.

Selon lui, l'action *quod metus causa* avait le caractère infamant, non pas dans tous les cas, mais seulement quand elle est dirigée contre l'auteur de la violence lui-même, ce qui est le cas du texte d'Ulpien précité. Donc, puisque les deux actions sont infamantes, il n'y a pas de raisons pour refuser l'action *de dolo* (2).

Cette explication est inexacte, car l'action *quod metus causa* n'est pas infamante. Elle ne figure pas comme telle dans les textes, et la loi 13, Dig., *De vi*, XLIII, 16, nous dit formellement que l'interdit « *unde vi* » n'était pas infamant. *A fortiori* donc, l'action *quod metus causa* ne peut pas l'être.

Cependant il faut remarquer que si l'action *quod metus causa* n'est pas infamante par elle-même, le coupable poursuivi par cette action tombe, dans la plupart des cas, sous le coup d'une loi criminelle, la loi *Julia de vi*, qui donnait lieu à des poursuites criminelles. Or, toutes les fois que l'on était condamné dans un *judicium publicum*, on était noté d'infamie (3). Mais ce n'était pas l'action *quod metus causa* qui produisait ce résultat. C'est sans doute ce qui a trompé Faber : il a confondu l'effet avec la cause.

M. Accarias a proposé l'explication suivante :

C'est intentionnellement que le préteur aura ici dérogé à la règle, afin que la violence fût plus sûre-

(1) D'après M. Girard (*Dr. rom.*, p. 403, note 3), la date de l'action *quod metus* n'est pas certaine. Ce qui est sûr, c'est qu'elle a été créée avant 683.

(2) Faber, *Rationalia in Pandeetas*, t. I, p. 458.

(3) Loi 7. Dig. *De public., judic.* XLVII, 1.

ment réprimée. En effet, chacune de ces deux actions a ses avantages propres. Ainsi l'action *quod metus causa* offre plus d'avantages au point de vue pécuniaire ; car, si le *jussus judicis* est obéi, le demandeur retrouvera sa chose en nature ; sinon, il obtiendra une condamnation contre le défendeur représentant le quadruple de la valeur de sa chose, d'où grand bénéfice pour lui. Au contraire, l'action *de dolo* n'aboutit qu'à une condamnation simple, mais elle est infamante. Donc, de toutes manières, et c'était là le but du prêteur, le coupable sera sûrement atteint et la violence sévèrement réprimée. Dans ces conditions, le concours de ces deux actions s'explique de lui-même.

« Si la situation du coupable est telle qu'une condamnation pécuniaire soit pour lui sans importance, la victime, en agissant par l'action *de dolo*, le frappera dans ses intérêts moraux, et il en sera de même si l'auteur de la violence est insolvable ; au contraire, une énergique sanction pécuniaire sera très utile, et l'action *quod metus causa* permettra de l'obtenir si le coupable est déjà infâme ou si, par ses mœurs et sa condition sociale, il est présumable qu'il doive rester insensible à l'infamie (1) ».

Cette explication est satisfaisante.

Les condamnations sur ces deux actions auraient même pu se cumuler si elles étaient pénales des deux côtés. Mais elles sont seulement pénales *a parte rei*, du côté du défendeur. C'est pourquoi les textes décident qu'une action est éteinte par l'exercice de l'autre, « *et consumi alteram actionem per alteram* ». Cette extinction de l'autre action a lieu *exceptionis ope*, « *exceptione in factum opposita* ». Pourquoi

pas *ipso jure* ? Parce que, pour cela, il faudrait des textes qui le décidassent et que le choix d'une action n'est pas un mode d'extinction *ipso jure* des obligations.

52. AUTRES EXCEPTIONS.

Passons maintenant aux hypothèses où l'on prétend que l'action *de dolo* peut concourir avec une autre action. On a fait valoir à ce sujet des arguments de texte qu'il faut distinguer en deux groupes.

1^{er} groupe. — Textes qui semblent admettre le concours de l'action *de dolo* avec une action de bonne foi.

Le plus embarrassant de ces textes est une Constitution 1, au Code. *De dolo malo*, II, 21. Voici l'hypothèse du texte :

On suppose qu'un fidéjusseur a cautionné une dette et que cette dette est garantie par un *pignus*. A l'échéance, le créancier impayé a mis en vente le gage et le fidéjusseur s'est rendu acquéreur de ce gage. Ceci demande quelques explications. Au point de vue de l'achat d'un gage, il y a une grande différence entre un fidéjusseur et un tiers quelconque. Quand c'est un fidéjusseur qui achète les objets engagés, les textes décident qu'il n'acquiert sur ces objets qu'un simple droit de gage, afin d'assurer son propre recours, mais il n'acquiert pas la propriété. Le motif, c'est que le fidéjusseur est lié envers le débiteur comme mandataire ou comme gérant d'affaires, et qu'à ce double titre il doit prendre en mains les intérêts de ce dernier. Il ne doit donc pas profiter du malheur du débiteur pour acheter sa chose comme un tiers pourrait le faire. De là cette conséquence que le débiteur peut toujours, en offrant au fidéjusseur de lui rembourser

le prix payé et les intérêts, venir dégager sa chose et en exiger la restitution. Un créancier hypothécaire postérieur pouvait même se subroger au fidéjusseur par le *jus offerendi*. On voit la preuve de tout ceci dans la loi 59, § 1, Dig., *Mandati, vel contra*, XVII, 1, et dans les lois 2 et 5, § 1, Dig., *De distract. pignor.*, XX, 5.

Revenons maintenant à notre texte.

Il suppose que le débiteur offre au fidéjusseur la somme payée, intérêts et principal, et il décide que le fidéjusseur doit accéder à la demande, afin d'éviter d'être exposé à une action *de dolo* que le débiteur pourrait exercer contre lui à raison de la foi rompue. La difficulté, c'est que le fidéjusseur est déjà tenu de l'action *mandati* ou de l'action *negotiorum gestorum*. Or le texte semble dire que l'action *de dolo* est également possible.

On a fait deux réponses à ce texte.

On a dit d'abord que l'action *mandati* étant infamante comme l'action *de dolo*, il n'y avait pas de raisons pour écarter cette dernière. Cette explication est insuffisante, car nous voyons dans la loi 5 du titre *de dolo* que l'action de dol est refusée lorsqu'une autre action, même infamante aussi, l'action *tutela*, est possible.

Les glossateurs et Cujas disent mieux : « Les mots « *de dolo* » employés dans le texte ne désignent pas l'action de dol. Ils signifient que si le fidéjusseur n'obtempère pas à la demande, il y aura lieu contre lui à une action donnée sur le fondement du dol, c'est-à-dire à une action *mandati* donnée *de dolo*. »

Nous expliquerons de la même manière la loi 21, Pr., *De evict.*, XXI, 2. Quand on avait vendu sciemment la chose d'autrui, il y avait lieu à l'action *empti*

donnée *de dolo*, à raison du dol, mais ce n'était pas l'action de dol.

Enfin nous interpréterons de la même façon la loi 37, *De dolo*.

Ce texte, que voici, contient deux phrases dont la seconde est une restriction à la première : « *Quod venditor ut commendet dicit, sic habendum, quasi neque dictum, neque promissum est ; si vero decipiendi auctoris causa dictum est, ceque sic habendum est, ut non nascatur adversus dictum promissumve actio, sed de dolo actio.* »

Dans la première phrase, le texte déclare que si le vendeur a vanté sa marchandise, il ne sera pas responsable. Il ne peut y avoir aucune difficulté à ce sujet. C'est ce que les Romains appelaient le *dolus bonus*.

La seconde phrase restreint la première. Elle prévoit le cas où le vendeur pourra être responsable de ses déclarations, même vagues, s'il les a faites pour tromper l'acheteur. Le texte dit que les actions édilitiennes « *adversus dictum promissumve actio* », ne seront pas possibles contre lui. Mais alors quelle action aura l'acheteur ? Serait-ce l'action *de dolo* ? Non, quoiqu'on l'ait prétendu. En effet, dans les contrats de bonne foi, c'est le cas ici, l'action du contrat suffit pour réprimer tout dol se rattachant au contrat. De plus, le texte dit qu'il ne naît pas une action distincte ; par conséquent il faut traduire « *actio de dolo* » par « action du contrat », c'est-à-dire *actio empti, donnée de dolo*. Donc la seule action possible ici, c'est l'action du contrat qui a un double avantage sur l'action *de dolo*, car elle est perpétuelle et transmissible.

Pourquoi Ulpien ne donne-t-il pas les actions édili-

tiennes ? Parce que ces actions supposent des déclarations *précises* portant sur telle qualité spéciale déclarée. Or ce n'est pas ce genre de déclarations que notre texte a en vue : ce sont les déclarations *vagues* dont on a parlé plus haut.

53. 2^e groupe. — Textes qui donnent bien l'action de dol, mais à côté d'une autre action et non pas en concours avec elle.

Les plus importants de ces textes sont les lois 20, § 1 et 25, au titre *de dolo*, que nous expliquerons plus loin, n^o 78. Nous verrons qu'il n'y a pas contradiction entre eux et que les hypothèses sont différentes.

Enfin, dans notre titre toujours, la loi 7, § 3, admet un tempérament important à notre première règle. Elle décide que s'il existe un doute sérieux sur l'existence d'une autre action, bien que cette autre action soit accordée, l'action *de dolo* sera possible. C'est ce qui a lieu surtout pour l'action *præscriptis verbis*. C'est une action qui fut longtemps discutée. Introduite par Labéon, elle fut combattue par Sabinus, et cette controverse dura deux siècles (1). Aussi, dans ce cas douteux, le concours de deux actions se comprend très bien. Plus tard, l'action *præscriptis verbis* fut consacrée et Justinien eut tort de conserver l'action *de dolo* en même temps qu'elle.

(1) La date et l'histoire de cette action ne sont pas conçues de la même façon par tous les juriconsultes. Suivant une doctrine ancienne, l'action *præscriptis verbis*, créée d'abord par Labéon pour des hypothèses où il y avait contrat sans qu'on put dire lequel, fut étendue à des conventions qu'on savait parfaitement ne rentrer dans aucune des catégories de contrats existants (*nova negotia*), et cette extension se serait, en dépit des résistances des Sabinien, réalisée intégralement entre le début et la fin de l'époque classique.

D'après M. Girard, au contraire, le système des contrats in-

SECTION III. — DU RÔLE DE L'ACTION DE DOL.

54. Comme on vient de le voir par ce qui précède, le but direct de l'action *de dolo* est le paiement d'une indemnité. Mais elle atteint aussi indirectement des buts très divers et sert à réaliser des progrès dans certaines théories juridiques :

1° En matière de contrats de droit strict, le contrat reste debout malgré le dol qui a présidé à sa formation, mais l'action de dol donnée contre la partie, auteur des manœuvres frauduleuses, l'amènera le plus souvent à mettre à néant le contrat obtenu par dol. C'est un moyen indirect d'arriver à la rescision du contrat.

2° En matière de cession de créances, le créancier, après avoir constitué *procurator in rem suam* celui auquel il veut faire passer le bénéfice de sa créance, peut encore, tant que le *procurator* n'a pas fait *litis-contestatio* avec le débiteur, recevoir le paiement de ce dernier ou lui faire acceptilation et par là anéantir le droit du *procurator* en supprimant la *procuratio* elle-même. L'application dans ce cas de l'action *de dolo* amena un progrès. On considéra que le débiteur

nommés, et, par conséquent, l'action *præscriptis verbis*, ne date dans cette forme et avec cette portée générale, que de Justinien, qui a, pour le constituer, composé de matériaux très disparates le titre du *Digeste* relatif à la matière, et fortement interpolé le texte où se trouve décrit le développement historique communément admis. C'est Justinien qui, le premier, aurait appelé de ce nom l'action *præscriptis verbis*, « expression de latinité médiocre », selon M. Gradenwitz, car, avant Justinien, les jurisconsultes parlaient senlement et correctement d'*agere præscriptis verbis*.

(Cf. Girard. Dr. rom., p. 570, sqq. — Gradenwitz, *Interpolationen in Pandekten*, pp. 123-169.)

qui, sciemment, c'est-à-dire connaissant la *procuratio in rem suam*, paye le créancier, commet un dol, et on donna au *procurator* contre lui l'action de dol. Mais, pour réussir dans cette action, il fallait que le *procurator* prouvât le dol. Partant, si le débiteur, ignorant la *procuratio*, avait payé ou s'était fait faire acceptilation, il était libéré et le *procurator* perdait tous ses droits (loi 17, Dig., *De transact.*, II, 15). On remédia à la situation par l'introduction des actions utiles (1) et de la *litisdenuntiatio* (1).

3° Contrats innommés. Avant la création des contrats innommés, sanctionnés par l'action *praescriptis verbis*, c'est-à-dire jusqu'à Justinien, si l'on en croit une théorie nouvelle (2), celui qui n'exécute pas la prestation promise, alors que l'autre partie a exécuté la sienne, est tenu de l'action *de dolo* : « *Quod si faciam ut des, et posteaquam feci cessas dare, nulla erit civilis actio et ideo de dolo dabitur* », (loi 5, § 3, Dig., *De praescript. verb.*, XIX, 5). L'action de dol sert ainsi à assurer indirectement l'exécution de la convention synallagmatique non encore obligatoire.

(1) Cf. Accarias, Tome II, §§ 641 et 750.

(2) Girard. *Op. cit.*, p. 571.

CHAPITRE II

De l'exception de dol.

§ I. *Caractères.*

55. Le but de l'action de dol était, on l'a vu, de procurer à la victime la réparation du préjudice causé ; celui de l'exception était au contraire de prévenir le dol, en ce sens que par elle la victime demandait à ne point exécuter la promesse qui lui avait été extorquée. Mais, pour pouvoir se servir de cette arme, il fallait que la victime fût attaquée.

L'exception est un moyen de défense qui n'est pas toujours possible pour la partie lésée. Pour que l'exception soit possible, en effet, il faut supposer un acte juridique pouvant engendrer une action contre la victime, et c'est alors seulement que celle-ci pourra opposer une exception.

Ecartons donc les hypothèses où aucune action n'est possible contre la victime. Il y en a trois principales :

1^o Quand le créancier a fait acceptilation à son débiteur sous l'empire des manœuvres dolosives de ce dernier, il n'a évidemment pas d'exception, puisque le débiteur libéré se gardera bien de l'inquiéter. Alors l'action *de dolo* sera possible au profit du créancier, à moins qu'il ne puisse obtenir la *Restitutio in integrum*, comme nous le verrons plus loin.

2° L'héritier qui a répudié une succession n'est soumis à aucune action, et, s'il a répudié par suite d'un dol à son égard, il aura l'action *de dolo*.

3° Quand le préjudice consiste dans un acte accompli par l'auteur du dol lui-même. C'est, par exemple, un débiteur verbal qui a livré un fonds après l'avoir grevé de servitudes. Le créancier n'a à craindre aucune action et il ne peut s'agir pour lui d'aucune exception. Dans ce cas, il aura l'action de dol, à moins qu'il n'ait stipulé la *cautio de dolo*, ce qui lui donnera l'action *ex stipulatu* excluant l'action *de dolo*.

Quant aux caractères de l'exception de dol, il suffit, pour les connaître, de la comparer avec l'action de dol que nous venons d'étudier. L'exception est perpétuelle et générale, tandis que l'action est annale et qu'elle doit préciser rigoureusement dans la formule le dol reproché au défendeur. L'exception est accordée quelle que soit l'insignifiance du préjudice causé, tandis que le demandeur à l'action de dol doit justifier d'un préjudice d'une certaine importance. Enfin, à la différence de l'action de dol, l'exception n'est ni subsidiaire ni infamante. Ajoutons pourtant que, selon M. Van Wetter (1), tout en n'ayant pas de caractère infamant, l'exception de dol ne se donnait pas contre les personnes auxquelles on devait du respect, parce qu'elle était de nature à nuire à leur réputation ; elle était remplacée par une exception *in factum* (Loi 4, § 16, *De dol. mal. et met. except.*, XLIV, 4).

56. Le caractère qui distingue plus spécialement l'exception de dol, c'est le caractère de généralité. A raison de ce caractère, l'exception de dol entraînait

(1) Van Wetter. *Op. cit.*, II, p. 150, note 81.

l'échec de toute demande qui, à un titre quelconque, pouvait blesser l'équité. Aussi, en créant cette exception avec ce caractère général, le magistrat évitait de se lier les mains par avance. Sans doute il s'engageait dans son édit à combattre le dol, mais cette promesse très large était aussi très vague. Le préteur évitait de préciser quels étaient les cas dans lesquels l'exception de dol produirait son effet. « Il préférait laisser au juge, dit M. Carré de Malberg, le soin de déterminer lui-même ce qu'il fallait entendre sous ces mots vagues : « *Si nihil in ea re dolo malo factum sit neque fiat* » (Gaïus, IV, 119). Plus tard le préteur s'enhardit et ne se borna plus à recommander au juge, dans les termes généraux ci-dessus, de tenir compte du dol commis par le demandeur. Il précisa lui-même les faits sur lesquels devait porter l'examen du juge et limita le rôle de ce dernier à la simple vérification de ces faits, en lui retirant tout pouvoir d'appréciation personnelle. Alors naquirent des exceptions telles que l'exception *pacti conventi*, *quod metus causa*, exceptions qui, comparées à l'exception de dol, apparaissent comme des expressions spéciales. Et c'est pourquoi Ulpien a pu dire : « *Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus, doli oriri exceptionem* ». Il oppose l'exception de dol à toutes les autres expressions qu'il qualifie *in factum*, ce qui rend assez bien compte de l'opposition entre l'exception générale de dol et les autres exceptions plus spéciales.

§ II. *Effets généraux de l'exception de dol.*

57. Au point de vue de leurs effets, les exceptions se divisent en trois catégories :

La première comprend celles qui entraînent toujours l'absolution du défendeur, parce qu'à raison de leur nature elles s'appliquent à tout le contenu de l'action.

La seconde comprend les exceptions qui ont pour effet constant de diminuer la condamnation.

Enfin la troisième catégorie comprend celles qui tantôt entraînent l'absolution du défendeur et tantôt ne font que diminuer la condamnation.

Avant d'indiquer dans laquelle de ces trois catégories nous rangeons l'exception de dol, nous devons étudier au sujet de son effet une question très discutée.

Disons tout de suite qu'on ne rencontre l'exception de dol que dans les actions de droit strict, car, dans les actions de bonne foi, le juge tient de l'*intentio* de la formule des pouvoirs suffisants pour apprécier le dol.

Par contre, en ce qui concerne les actions de droit strict, l'effet de l'exception de dol est très discuté, et cette discussion a duré depuis Cujas jusqu'à nos jours.

Voici la question : Il s'agit de savoir si l'exception de dol insérée dans une action de droit strict aurait pour effet de la transformer en action de bonne foi. En d'autres termes, la règle « *Exceptio doli mali judicium bonae fidei facit* » est-elle exacte ?

Deux grands systèmes se sont formés sur cette question.

1^{er} système. — Ce système, qui compte Cujas et, avec quelques restrictions, M. Accarias parmi ses partisans, admet l'affirmative. Cette opinion s'appuie sur deux textes principaux.

Le premier est la loi 42, Dig., *De don. mort. caus.*, XXXIX, 6. En voici la traduction : « Séia ayant fait tradition de ses biens à titre de donation à Titius, l'un de ses cognats, se réserva l'usufruit et il fut convenu que, si Titius prédécédait, la propriété reviendrait à la donatrice, mais que, si elle mourait avant les enfants de Titius, les biens leur reviendraient. Donc, si les héritiers de Titius revendiquent les biens, l'exception de dol leur sera opposée avec succès. Mais si une action de bonne foi est intentée, on se demande si la donatrice doit s'engager à restituer à sa mort les biens aux héritiers de Titius ? La raison de douter vient de ce qu'il ne faut pas lui extorquer une donation qui, en ce qui touche les enfants de Titius, n'a pas encore pris naissance. Faut-il, au contraire, dire qu'en vertu de la clause mentionnée ci-dessus, cette promesse constitue moins une donation nouvelle que l'accomplissement intégral de la première donation qui, elle, est devenue parfaite par la translation de propriété ? En d'autres termes, s'agit-il ici d'une donation entre vifs, accompagnée de certaines clauses spéciales, ou bien d'une donation faite en vue de la mort, d'une véritable donation *mortis causâ* ? Or, on ne peut nier que l'acte ne constitue pas une donation à cause de mort. De là résulte que la première donation est résolue par la survie de Séia et que, par conséquent, exiger d'elle la promesse en question, ce serait lui extorquer une nouvelle donation. Du reste, si la femme vient à mourir ensuite, ayant de son plein gré pris envers les enfants de Titius l'engagement en question, ces en-

fants subiront la réduction de la loi Falcidie en ce qui touche la donation qui leur est faite personnellement. »

Les partisans de ce système traduisent ainsi les mots *Bonæ fidei iudicio constituto* : « l'action étant devenue de bonne foi par l'insertion de l'exception de dol (1) », et on en conclut que l'exception de dol insérée dans une action de droit strict aurait pour effet, comme dans les actions de bonne foi, de rendre une *cautio* exigible même avant l'échéance de la dette ; car on peut exiger du défendeur une *cautio* pour garantir des obligations éventuelles ou non encore exigibles qui se rattachent à la même cause que l'action. Cela ressort du texte même de Papinien.

Le second texte est la loi 3, Code, *De exceptio-nibus*, VIII, 36. Il prévoit l'hypothèse suivante : un procès est imminent entre deux frères, dont l'un a été tuteur légitime de l'autre et entre lesquels est intervenue la promesse *rem pupilli salvam fore*. Postérieurement à la cessation de la tutelle, le tuteur a obtenu de son frère, au moyen de manœuvres frauduleuses, un pacte de transaction ou de remise et l'ancien pupille demande à l'empereur (Caracalla) s'il peut agir à raison de ce fait. L'empereur répond qu'il peut agir, sans crainte de l'*exceptio pacti*, à la condition qu'il prouve que ce pacte a été obtenu sous l'empire de la fraude et du dol « *nam replicatio doli mali bonæ fidei iudicium facit et commentum fraudis repellit* ».

Sans doute, dit Cujas, l'action de tutelle est, à la vérité, de bonne foi, en sorte que les exceptions et répliques de dol y sont contenues de plein droit, même quand on ne les oppose pas ; mais, quand on

(1) Accarias. Tome II, n° 907.

les oppose, cela fait de l'action un *judicium bonæ fidei*, au superlatif « *verum quum opponuntur, oppositas maxime constituere judicium bonæ fidei* ».

Cette explication de Cujas, dit M. Appleton, est indigne de lui.

Une autre explication plus sérieuse consiste à dire : cette action qui devient de bonne foi par suite de la *replicatio doli*, c'est l'action de droit strict *ex stipulatu* intentée en vertu de la promesse *rem pupilli salvam fore*. Et ce qui est vrai pour la *replicatio doli* s'applique évidemment à l'exception de dol.

58. Dans un second système, on soutient, au contraire, que l'exception de dol insérée dans une formule ne change pas le caractère de l'action, et voici comment : M. Renardet, adoptant les idées de Voët (2), réfute le premier système et explique les deux textes en question :

« A propos de la loi 42, *De mort. caus. don.*, XXXIX, 6, nous ferons remarquer que la revendication était une action arbitraire, c'est-à-dire qu'elle n'était pas plus de bonne foi que de strict droit. Toutes les actions réelles sont en dehors de cette division qui est bien moins générale qu'on ne pourrait le croire ; de sorte que, encore à ce point de vue, la phrase « *bonæ fidei autem iudicio constituto* » n'aurait pas un bien grand sens ; nous pensons que par ces mots le jurisconsulte veut indiquer qu'au moyen de l'exception le juge pourra se livrer à des appréciations plus

(1) Appleton. Histoire de la Compensation en droit romain, p. 331.

(2) Voët. *Ad Pandectas, ad. tit. De dol. et met. except.*, n° 3.

étendues, comme s'il s'était agi d'un contrat de bonne foi où l'exception de dol était sous-entendue. »

Quant à l'argument tiré de la loi 3, Cod., *De except.*, VIII, 36, il n'est pas plus concluant. Ce n'est pas de l'action *ex stipulatu* qu'il s'agit, comme le prétend le premier système, mais bien de l'action *tutelæ*. « Or, l'action de tutelle est une action de bonne foi (Inst., IV, § 28, *De action.*) ; la réplique de dol ne peut donc lui donner ce caractère qu'elle a déjà ; seulement l'exception du pacte opposée par le frère tuteur a eu pour effet de circonscrire l'arbitraire du juge ; la réplique de dol lui rend toute la latitude qu'il peut désirer. Voilà, selon nous, le sens des mots : « *Bonæ fidei judicium facit* » ; ils veulent dire que le juge aura toute sa liberté d'apprécier comme s'il se trouvait dans un *judicium bonæ fidei*. Notons, du reste, que, d'après la loi 3, ce serait, non pas l'action, mais le *judicium* qui serait rendu de bonne foi, ce qui corrobore notre explication ; l'action restera ce qu'elle est, seulement le *judicium* pourra, comme dans l'action de dol, revêtir la forme arbitraire, et il n'y aura condamnation que si l'on ne satisfait pas à l'ordre de restituer intimé par le juge(1) ».

Dans un ouvrage déjà cité tout à l'heure, M. Appleton, tout en adoptant ce second système, c'est-à-dire en niant que l'exception de dol transforme une action de droit strict en action de bonne foi, explique différemment les textes en question.

Pour lui, le premier texte (loi 42, *Supra*) doit être écarté du débat. Les mots « *Bonæ fidei autem iudicio constituto* » n'ont pas le sens qu'on leur prête. Ce que le texte appelle : « *Bonæ fidei judicium* »,

(1) Renardet. Du dol en droit romain. Dijon, 1863.

c'est un contrat de fiducie (1). Or, les compilateurs suppriment toujours la mention de ce contrat, tombé en désuétude. Dès lors, Papinien avait écrit : « *fiduciæ autem iudicio constituto...* » ; les compilateurs ont mis « *bonæ fidei* » à la place de *fiduciæ*. Ces mots se présentaient naturellement à leur esprit, d'abord à cause de la similitude matérielle (*fidei*, *fiduciæ*), ensuite parce que l'*actio fiduciæ* était un *iudicium bonæ fidei* au superlatif où le juge devait examiner si l'on s'était conduit honnêtement, comme on fait entre honnêtes gens : « *ut inter bonos bene agier oportet* ». Dès lors, puisqu'il ne s'agit plus d'une action de droit strict, la loi 42 n'a plus rien à faire dans le débat.

Quant au second texte (loi 3, au Code, VIII, 36), M. Appleton insinue que les mots « *nam replicatio doli...*, etc.), qui font toute la valeur du texte, pourraient bien n'être qu'une interpolation glossématique. Néanmoins, il adopte l'opinion de Wissenbach, qui considère cette métamorphose d'action de droit strict en action de bonne foi comme la conception d'une imagination en délire. Ce texte s'explique fort naturellement, dit-il. La réplique de dol opposée, *rend*, autrement dit *restitue*, *ressuscite*, l'action de bonne foi, c'est-à-dire l'action de tutelle, qui était éteinte par l'exception de pacte ou de transaction.

Si nous ajoutons que M. Accarias est très peu affirmatif en soutenant le premier système et « qu'il n'ose se flatter de déterminer d'une façon complète la véritable portée de son principe », on comprendra sans peine que nous adoptions la seconde opinion.

Concluons donc que l'exception de dol ne transforme

(1) Appleton. Hist. de la Compensation, p. 328.

en aucune façon en action de bonne foi l'action de droit strict dans laquelle elle serait insérée.

59. Si l'exception de dol ne transforme pas l'action de droit strict en action de bonne foi, n'autorise-t-elle pas du moins le juge à diminuer la condamnation ? En d'autres termes, l'exception du dol entraîne-t-elle le débouté partiel ou le débouté total du demandeur ?

Les principaux interprètes du droit romain se sont divisés sur cette importante question.

En France, MM. May (1), Petit (2), Accarias (3) sont partisans du débouté partiel. Ce dernier auteur admet pourtant la nécessité d'une modification spéciale de la formule pour produire l'effet diminutif.

En Allemagne, le système du débouté partiel est soutenu par Dernburg (4), Ubbelohde (5), Stampe (6), et, avec certaines restrictions, par Pernice (7).

Le système du débouté total réunit la majorité des auteurs. — En Allemagne : Bethmann-Holweg (8), Krug (9), Brinz (10), Rudorff (11), Scheurl (12) et Ei-

(1) May. *Eléments de droit romain*, 1^{re} édit., n° 579.

(2) Petit. *Traité élémentaire de droit romain*, n° 524, note 3.

(3) Accarias. *Op. cit.*, 3^e édit., n° 901.

(4) Dernburg. *Geschichte und Theorie der Compensation*, p. 199, sqq.

(5) Ubbelohde. *Ueber den Satz : Ipso Jure compensatur*, § 12, pp. 118-139.

(6) Stampe. *Das Compensationverfahren in vorjustinianischen strieti juris judicium*, p. 62.

(7) Pernice. *Marcus Antistius Labeo*, II, p. 126, sqq.

(8) Bethmann-Holweg. *Rhein. Museum*. Vol. I, p. 276, sqq.

(9) Krug. *Die Lehre von der Compensation*, p. 49, sqq.

(10) Brinz. *Compensation*, p. 76, sqq.

(11) Rudorff. *Rechtsgeschichte*, II, p. 111.

(12) Scheurl. *Beiträge*, I, p. 163, sqq.

sele (1). — En France, Ortolan (2), Pilette (3), P.-F. Girard (4), Appleton (5), soutiennent avec une grande autorité que l'effet de l'exception de dol est de produire le débouté total du demandeur. — M. Girard est très énergique : « A notre sens, dit-il, toutes les exceptions entraînaient l'absolution du défendeur, et les textes invoqués en sens contraire ont été interpolés sous Justinien par contre-coup des règles nouvelles admises en matière de *plus petitio*. » Mais c'est surtout M. Appleton qui, dans son récent ouvrage sur l'*Histoire de la Compensation en droit romain*, a résumé tout ce qui a été dit sur cette question, en établissant, avec une grande force d'arguments, la seule possibilité du système du débouté total. Nous nous contenterons de lui emprunter ses raisonnements, en nous rangeant modestement derrière son autorité.

Voici les deux principaux arguments que l'on invoque en faveur du débouté total :

1^{er} ARGUMENT. — Il est tiré de la rédaction de la formule. L'exception est en effet posée dans la formule sous la forme négative : « *Si in ea re nihil dolo malo factum sit, neque fiat... condemna.* » La condamnation est donc toujours rendue conditionnelle à la non-vérification, au mal fondé de cette exception. Gaïus appuie sur ce point dans le passage que voici : « *Omnes autem exceptiones in contrarium concipiun-*

(1) Eisele. *Die Compensation nach röm. und. gemeinem Recht*, § 7, p. 61.

(2) Ortolan. Explication historique des *Institutes*, II, n^{os} 2180, sqq.

(3) Pilette. *Revue historique*, 1861.

(4) P.-F. Girard. *Grande Encyclopédie*, article « Exception » *in fine*.

(5) Appleton. *Histoire de la Compensation en droit romain*, p. 333, sqq.

« tur quia adfirmat is cum quo agitur; nam si verbi
« gratia reus dolo malo aliquid actorem facere dicat,
« qui forte pecuniam petit quam non numeraverit,
« sic exceptio concipitur. *Si in ea re nihil dolo malo*
« *Auli Agerii factum sit, neque fiat...* Ideo scilicet,
« quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita
« formulæ inseritur ut conditionalem faciat condem-
« nationem... (Gaius. Instit., IV, § 119.) » Ulpien est
également très affirmatif dans le même sens : « Excep-
« tio dicta est quasi quædam exclusio, quæ opponi ac-
« tionis cujusque rei solet, ad eludendum id quod in
« intentionem, condemnationemve deductum est...
(Loi 2, Pr. *De except.*, D., XLIV, 1) ». Et plus loin :
« Illud tenendum est, omnem exceptionem vel repli-
« cationem exclusoriam esse : exceptio actorem exclu-
dit, replicatio reum. » — (Loi 2, § 2. *De except.*, D.,
XLV, 1).

Donc, conclut M. Appleton, exclure, c'est repous-
ser totalement. D'ailleurs, comment pourrait-il en être
autrement, puisque l'exception est une condition ? Une
condition est accomplie ou elle ne l'est pas, il n'y a
point de milieu.

2^e ARGUMENT. — Ce second argument est tiré de l'a-
nalogie entre la *plus petitio* et le débouté total pour
cause d'exception partielle, et voici le raisonnement
de M. Appleton :

« Si la demande était exagérée *ipso jure*, si, par
exemple, le créancier qui a stipulé 1,000 les réclamait
intégralement ayant déjà reçu un paiement partiel de
600, il y aurait *plus petitio re*.

« Si la demande était prématurée *ipso jure*, si, par
exemple, on intentait l'action avant l'échéance du
terme convenu dans le contrat lui-même, il y aurait
plus petitio tempore.

« Dans les deux cas, la conséquence serait identique. La demande exagérée *ipso jure* a le même effet fâcheux que la demande prématurée *ipso jure*, à savoir un débouté total.

« Donc, par analogie, la demande exagérée *exceptionis ope* doit avoir le même effet fâcheux que la demande prématurée *exceptionis ope*, c'est-à-dire un débouté total. »

A ces arguments en faveur du débouté total, les partisans de ce système ajoutent l'autorité de plusieurs textes : loi 34, § 1, *De auro argento... legatis*, D., XXXIV, 2; loi 2, § 7, *De doli mali except.* D., XLIV, 4; et enfin la loi 50, *De solutionibus*, D., XLVI, 3, qui nous semble très concluante.

Voici ce texte : « *Si cum aurum tibi promissum, ignorant, quasi aurum, æs solverim, non liberabor; sed nec repetam hoc quasi indebitum solutum, quod sciens feci. Petentem tamen te aurum exceptione submovebo, si non reddas æs quod accepisti.* »

« Si, vous ayant promis de l'or, je vous ai remis du cuivre à la place sans que vous vous en soyez aperçu, je ne serai pas libéré, et je ne pourrai même pas répéter le cuivre comme payé indûment, car j'ai agi sciemment. Mais si vous réclamez l'or sans me rendre le cuivre, je vous repousserai par une exception.

« Cette exception, dit M. Appleton, c'est visiblement celle de dol. »

Et pourtant la valeur du cuivre est mille fois moindre que celle de l'or ! On me déboute donc, moi créancier, d'une valeur mille fois plus forte, si j'omets de rendre cette valeur relativement infime, dont je ne suis même pas débiteur civil, car celui qui me l'a

remise, ayant agi sciemment, ne saurait avoir la *condictio indebiti*.

Si l'exception de dol avait pu, dans une hypothèse quelconque, donner au juge le pouvoir de diminuer la condamnation, c'était le cas, ou jamais, d'appliquer ce pouvoir, car le rejet total de la demande aboutit ici au résultat le plus choquant.

60. En faveur du débouté partiel on invoque précisément l'iniquité de ce résultat.

L'exception, dit-on, fut pour le prêteur un instrument de réforme; par là, il corrigea les rigueurs du droit civil et fit prévaloir l'équité sur la logique trop absolue des principes primitifs (1).

De plus, l'équité exige une condamnation partielle, car la liquidation des deux dettes respectives a démontré que, tout compte fait, le demandeur se trouvait créancier d'un reliquat, et que, par suite, il ne commettait aucun dol en intentant l'action.

A cette objection, M. Appleton répond qu'il y a là une équivoque : le demandeur commet un dol, non pas en intentant l'action, mais en réclamant plus qu'il ne lui est dû. De plus, il serait sans doute souverainement injuste que le demandeur pût jamais, en pareil cas, être débouté de sa créance entière, à raison d'une dette reconventionnelle, même très inférieure. Mais ce danger est chimérique parce que, pour que l'exception de dol réussisse, il faut qu'il y ait dol, et qu'il ne saurait en être question en pareil cas (2).

Enfin, pour résumer les idées sur cet effet de l'exception de dol, qu'on nous permette de reproduire une

(1) Petit. Traité de dr. rom., n° 524, note 3.

(2) Appleton. *Op. cit.*, p. 352.

page d'Ortolan dans laquelle le problème se trouve merveilleusement posé :

« Ceux qui, sous l'empire de nos idées actuelles, ou même des idées reçues dans la procédure extraordinaire des Romains, ont imaginé pour l'époque du système formulaire une exception de dol, dont l'effet aurait été d'attribuer au juge, dans les actions de droit strict comme dans les actions de bonne foi, le pouvoir de faire la compensation entre les dettes et les créances des deux parties et de ne condamner le défendeur qu'au reliquat, ont rêvé un effet impossible sous cette forme, parce qu'il est inconciliable avec le mot même d'exception de dol et avec toutes les règles du système formulaire à cet égard. Je dis « rêvé », non dans aucune intention blessante pour les jurisconsultes éminents qui ont suivi longtemps cette opinion, ni pour ceux qui y ajoutent encore foi, mais parce que leur idée d'une telle exception de dol est vague et confuse comme les idées d'un rêve, et que je crois pouvoir les mettre au défi de la formuler en une rédaction hypothétique quelconque d'exception produisant un tel effet, à laquelle il soit possible de maintenir encore le nom d'exception de dol (1).

§ III. *Application de l'exception de dol en matière de compensation. — Etude du rescrit de Marc-Aurèle.*

61. 1^o *Avant Marc-Aurèle.*

Lorsqu'un créancier-demandeur intentait l'action *de dolo*, il pouvait se faire, et cela arrivait fréquemment, que ce demandeur fût lui-même coupable de

(1) Ortolan. Expl. hist. des *Institutes*, n^o 2181.

dol. Dans ce cas, si ce dol était prouvé *in jure*, il appartenait au magistrat de refuser la formule, et si le demandeur contestait le dol à lui opposé, le magistrat délivrait la formule avec une exception en faveur du défendeur.

C'était l'application de ce principe : « Toutes les fois que deux parties sont l'une et l'autre de mauvaise foi relativement à la même affaire, la préférence dans le conflit est accordée au défendeur plutôt qu'au demandeur ».

C'était donc une compensation qui s'opérait *ipso facto* entre les deux parties. Mais on a prétendu que (1) cela n'était admis, avant l'innovation de Marc-Aurèle, que dans les trois cas suivants rapportés par Gaius (2) :

1^o Dans les actions de bonne foi, comme le juge a le pouvoir d'apprécier librement *ex bono et æquo* le montant de la restitution qui doit être faite, dans ce pouvoir se trouve comprise la faculté de tenir compte de ce que le demandeur doit en vertu de la même cause au défendeur, et de ne condamner ce dernier qu'à la différence. Ce résultat peut paraître étrange au premier abord. Pour qu'une même convention puisse créer entre les parties des obligations réciproques, il faut en effet qu'elle soit synallagmatique, et, dans cette hypothèse, les choses respectivement dues sont nécessairement de nature différente, de telle sorte qu'entre elles la compensation semble ne pouvoir s'opérer. Mais cette objection disparaît, si l'on se souvient que sous l'empire de la procédure formulaire les condamnations sont toujours pécuniaires. La com-

(1) On verra plus loin que nous n'admettons pas cette opinion.

(2) Gaius. IV, §§ 64 à 68.

pensation porte dès lors sur des sommes d'argent, c'est-à-dire sur des choses de nature identique.

2° La compensation était également admise dans le cas de l'*argentarius* ou banquier. Si celui-ci agit contre un débiteur qui est en même temps son créancier, il doit faire lui-même la balance des comptes et ne demander dans l'*intentio* de la formule qu'il sollicite que l'excédent de ce qui lui est dû sur ce qu'il doit. « *Si paret Titium sibi decem millia dare oportere amplius quam ipse Titio debet.* » Faute de quoi le banquier s'exposerait aux dangers de la *plus petitio*.

3° Enfin la compensation doit avoir lieu dans le cas de *venditio bonorum*. Celui qui achète en masse le patrimoine du *defraudator* (failli ou débiteur déconfit) est forcé d'agir *cum deductione*, c'est-à-dire de façon à ce que son adversaire ne soit condamné que déduction faite de ce que le *bonorum emptor* lui doit au nom du failli. Cela se comprend aisément, car, lorsque la même personne est à la fois débitrice et créancière du failli, l'équité se trouverait blessée, si le *bonorum emptor* ne devait les dettes du failli que jusqu'à concurrence du dividende par lui promis, et pouvait au contraire recouvrer intégralement les créances. On voulut donc que le débiteur du failli, actionné par le *bonorum emptor*, pût lui opposer en compensation sa créance contre le failli jusqu'à concurrence du montant intégral de sa créance.

En dehors de ces hypothèses que nous rapporte Gaius, on a voulu dire qu'à son époque la compensation était proscrite dans les actions de droit strict. On avait recours à une *mutua petitio*, c'est-à-dire à une demande reconventionnelle, et, pour assurer l'efficacité de cette dernière, des constitutions impé-

riales étaient intervenues qui ordonnaient de surseoir à l'exécution de la sentence rendue sur la demande principale, jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande reconventionnelle. Cf., loi 1, § 4, Dig., *Quæ sententia*. XLIX, 8. Mais ces constitutions, que M. Appleton appelle *constitutions de sursis*, n'aboutissent qu'à faire prononcer en même temps les deux sentences. Quant à compenser les deux condamnations, le juge n'en avait pas le droit. Or un sursis ne suffit pas; il faut que toute mesure d'exécution se heurte à une exemption péremptoire, si le poursuivant ne déduit pas de sa réclamation le montant de la condamnation prononcée contre lui. Cette exception ne peut être que celle de dol.

Il fallait donc nécessairement à ces constitutions le complément du rescrit de Marc-Aurèle, à l'étude duquel nous arrivons.

62. 2^e Rescrit de Marc-Aurèle.

Nous ne possédons rien de ce rescrit et il ne nous est connu que par le passage suivant des *Institutes* (IV, 6, § 30) : « *Sed et in strictis judiciis, ex rescripto divi Marci, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur* ». « Mais, même dans les « actions de droit strict, en vertu d'un rescrit de « Marc-Aurèle, l'exception de dol étant opposée, la « compensation était amenée ».

Dans son travail très considérable sur l'*Histoire de la Compensation en droit romain*, M. Appleton consacre le quart de son volume à l'étude de ce fameux rescrit. Nous ne le suivrons pas dans toutes ses déductions. Nous voudrions seulement montrer quel était le cas auquel vraisemblablement s'appliquait le rescrit et quelle était sa portée.

I. D'abord qu'est-ce qu'un rescrit ? C'est une réponse adressée à un magistrat, à un juge, même à un particulier, qui consultaient l'empereur sur un point de droit douteux à leurs yeux. En effet, l'empereur étant juge d'appel dans toutes les contestations, il arrivait souvent qu'on s'adressât directement au prince au moyen d'une supplique (*libellus supplicationis*), pour qu'il se prononçât à l'avance sur l'affaire.

Or, sur quel cas avait-on pu consulter Marc-Aurèle ? Nous en sommes réduits aux conjectures sur ce point. D'après M. Appleton, ce devait être pour un cas semblable à celui de la loi 16, § 1. Dig. *De compensat.*, XVI, 2. Papinien y suppose que les deux créances sont certaines, toutes les deux sont constatées par l'autorité de la chose jugée ; mais celui qui a obtenu le jugement le premier intente contre son adversaire l'action *judicati*, étant lui-même dans le délai de grâce accordé par la loi pour l'exécution des sentences, tandis que ce délai est expiré pour son adversaire condamné un peu auparavant. Si l'on a consulté Marc-Aurèle sur une question de ce genre, il a pu fort bien voir là un agissement dolosif et indiquer l'exception de dol comme remède.

Et cette action *judicati* étant de droit strict, cette hypothèse cadre bien avec le témoignage des *Institutes* « *compensatio inducebatur* ». La compensation était amenée. Amenée comment ? Par l'exception de dol.

Mais pour que tout cela fût possible, il fallait qu'il y eût dol de la part du demandeur ; en d'autres termes, pour qu'il y ait lieu à l'exception de dol, il fallait qu'il y eût dol. Cela a l'air très simple et pourtant, si le fameux brocard : « *summum jus, summa*

injuria » a été vrai de tout temps; et s'il y a quelquefois dol à user de son droit, il arrive le plus souvent aussi qu'on ne saurait voir un dol dans le simple fait d'intenter une action. Car enfin si ma créance est certaine et liquide, ou si celle de mon adversaire porte sur des choses d'une autre espèce que la mienne, ou encore si je suis de bonne foi, peut-il y avoir dol de ma part à intenter une action pour faire juger entre nous de quel côté est le bon droit ? Soutenir cela n'est pas possible, ce serait la négation même de toute justice. Il ne faut pas oublier en effet que l'exception de dol opposée par le défendeur mène, si ce dernier triomphe, au débouté total, de sorte que si l'on soutient que le demandeur commet un dol en actionnant le défendeur, dans le cas par exemple où la créance de ce dernier est contestable et indéterminée, on arrive à un résultat injuste et par conséquent inadmissible.

Donc, pour que le rescrit soit applicable, pour que l'exception de dol amène la compensation, il faut de toute nécessité que le défendeur ait une créance incontestable, liquide, et que le demandeur ne saurait ignorer. Marc-Aurèle n'a pu décider que toute personne qui méconnaîtrait sa dette, dans des cas où l'erreur est bien excusable, serait censée commettre un dol.

63. II. Quelle était maintenant la portée du rescrit ? Innovait-il, c'est-à-dire donnait-il pour la première fois au juge de l'action de droit strict, sur l'opposition qui était faite de l'exception de dol, le pouvoir de tenir compte de la créance du défendeur, ou bien ne faisait-il, au contraire, que consacrer une législation antérieure ?

D'après un premier système, on soutient que le

rescrit de Marc-Aurèle constituait une innovation. Cela est d'accord, dit-on, avec le texte de Justinien : « *compensatio inducebatur* », et cela seul nous explique le silence de Gaius sur l'application de la compensation dans les actions de droit strict. On comprend que ce jurisconsulte, contemporain de Marc-Aurèle, ne nous parle pas du rescrit de ce prince qui a pu n'être rendu qu'après sa mort ou après l'achèvement de ses *Commentaires*. Mais si la décision que ce rescrit contient avait été antérieurement appliquée par la jurisprudence, Gaius n'aurait certainement pas omis d'en parler, lui qui insiste si longuement sur la législation spéciale à l'*argentarius* et au *bonorum emptor*. S'il ne l'a pas fait, c'est donc que Marc-Aurèle a complètement innové sur ce point.

Un second système, qui s'appuie davantage sur l'histoire, prétend, au contraire, que le rescrit de Marc-Aurèle ne constituait pas une innovation bien tranchée et n'avait pas apporté dans la jurisprudence un changement profond qui la fit sortir de ses règles habituelles. Tout d'abord l'argument du système précédent, à propos du silence de Gaius, n'est pas probant, car la compensation existait bien avant Marc-Aurèle dans les actions de droit strict et précisément entre autres, dans les cas dont parle Gaius, ceux de l'*argentarius* et du *bonorum emptor*. De sorte que Marc-Aurèle ne l'a pas introduite puisqu'elle existait déjà. Nous en avons la preuve dans plusieurs fragments des jurisconsultes antérieurs au règne de Marc-Aurèle, dans lesquels il est traité de la compensation d'une manière beaucoup plus générale que s'il s'agissait uniquement d'une particularité des actions de bonne foi et où des affaires de droit strict sont même mentionnées textuellement. Cf. lois 2, 5, 10,

13 et 15, Dig., *De compensat.*, XVI, 2. Aussi le rescrit n'a-t-il fait que compléter les dispositions des constitutions de sursis dont nous avons parlé plus haut.

Un autre argument est tiré du caractère même des rescrits en général. D'après Krüger, un rescrit, surtout remontant à Marc-Aurèle, ne devait avoir d'autre portée que « la solution d'un cas particulier (1) ». C'était une interprétation, une application peut-être un peu large des principes du droit existant. De plus, ce rescrit devait, comme presque tous les rescrits, se borner à trancher une question concrète, à déclarer l'exception de dol admissible pour arriver à une compensation dans un cas où il s'agissait d'une action de droit strict, mais non pas décider en général qu'il en serait de même dans toutes les actions de droit strict.

Il répondait simplement sans doute au sollicitateur qu'il pouvait, dans le cas donné, opposer avec succès l'exception de dol.

Donc, d'après ce système « en cas de créance reconventionnelle, incontestable, liquide, portant sur de l'argent comme la créance principale », Marc-Aurèle avait, par l'exception de dol, assuré au défendeur le bénéfice de la compensation. Cette décision était d'ailleurs toute naturelle. Bientôt après, continuant l'évolution commencée, d'autres constitutions assurèrent le même bénéfice au défendeur, même si sa créance n'était encore ni certaine, ni liquide, en lui accordant un sursis jusqu'au jugement de sa demande reconventionnelle. Une fois ce jugement rendu en sa

(1) « *Entscheidungen des Einzelfalles.* » Krüger. *Geschichte der Quellen*, p. 98. .

faveur, la créance du défendeur se trouvait posséder toutes les conditions nécessaires pour invoquer l'exception de dol et le rescrit de Marc-Aurèle.

A la suite de l'exception de dol opposée par le défendeur, le demandeur était obligé de diviser son action en deux parties, dont l'une devait être précisément égale à la créance du défendeur. C'était ainsi l'exception de dol qui opérait compensation, mais non pas par un effet direct. En forçant le demandeur à diviser son action, elle conduit à la compensation, elle l'amène, et il est vrai de dire avec les *Institutes* : « *Opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur* ».

Concluons donc, avec M. Appleton, que le rescrit de Marc-Aurèle, ainsi considéré, ne constitue plus ce qu'on est habitué à y voir : une révolution juridique. Il devient — ce qui est infiniment plus vraisemblable, étant donnée la marche du droit romain, qui procède toujours par transitions lentes — il devient une évolution à peine sensible, le développement parfaitement naturel, légitime ; disons mieux : nécessaire, de la notion d'équité sur laquelle se fonde l'exception de dol.

CHAPITRE III

De la « *Restitutio in integrum*. » — Son concours avec l'action de dol.

64. « La *Restitutio in integrum*, dit M. de Savigny (1), est le rétablissement d'un état antérieur de droit motivé par une opposition entre l'équité et le droit rigoureux, et opéré par la puissance du prêteur qui change avec connaissance de cause un droit réellement acquis. »

En ce qui concerne la *Restitutio ob dolum*, nous savons qu'on n'en a pas de traces antérieures au temps de Hadrien. De plus, les seules applications pratiques qu'on en rencontre, selon M. F. Girard (2), se rapportent à des dols commis dans des procès, et ne remontent qu'au II^e siècle de l'Empire où elles sont appuyées sur des rescrits d'Antonin le Pieux et de Hadrien. Cependant sa présence dans l'édit à l'époque de Hadrien est établie par l'insertion de l'action de dol dans le titre *De in integrum restitutionibus* de l'Edit, où elle ne peut avoir été appelée que par la *restitutio ob dolum*, comme, par exemple, l'action *quod metus causa* y a été appelée par la *Restitutio ob metum*.

Le principal caractère de la *Restitutio* est d'être une voie de recours subsidiaire que le prêteur n'accorde qu'à défaut de tout autre moyen. Toutes les fois que la victime du dol sera à l'abri du préjudice sans y re-

(1) De Savigny. Traité de Droit romain, VII, p. 100.

(2) Girard. Dr. rom., p. 407, note 3.

courir, elle ne pourra l'obtenir. C'est pourquoi on ne pouvait la demander contre un acte nul *ipso jure*. C'est ce qu'énonce la loi 16, Pr., § 3, *De minoribus*, IV, 4. « *Ubi contractus non valet pro certo praetorem se non debere interponere... nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet tribui extraordinarium auxilium.* »

Or, si la *Restitutio in integrum* est un moyen exceptionnel, l'action de dol l'est encore davantage, comme le prouve la loi 16, Dig., *De minorib.*, IV, 4.

De là, une difficulté assez grave, et, pour la comprendre, il faut distinguer entre les hypothèses où elle se présente et celles où elle n'existe pas.

a) HYPOTHÈSES SANS DIFFICULTÉ. — Ce sont celles où la partie lésée peut obtenir la *Restitutio in integrum* pour un motif autre que le dol lui-même. C'est le cas des mineurs, des personnes faibles d'esprit, etc... Ici, l'action de dol est écartée parce qu'il y a un autre moyen de faire annuler l'acte.

b) HYPOTHÈSES OÙ LA DIFFICULTÉ SE PRÉSENTE. — Ce sont celles où la victime du dol ne peut alléguer comme motif de restitution que le dol lui-même : le cas d'un majeur, par exemple. La *Restitutio in integrum* écartera-t-elle l'action *de dolo* ?

Et d'abord la restitution est-elle bien possible en matière de dol ? On l'a nié, mais cette opinion est insoutenable, car nous avons trois textes qui la réfutent : lois 1 et 7, § 1 ; Dig. *De in integ. restitut.*, IV, 1, et Paul, *Sentent.*, I, 7, § 2 ; et les auteurs de ces textes sont des jurisconsultes de la période classique romaine.

Or, si la restitution est possible en matière de dol, écartera-t-elle l'action de dol, en supposant, pour simplifier, que la nature de l'acte rende la restitution possible ?

D'après la loi 1, § 6, *De dolo*, il faudrait répondre affirmativement. Mais, à cela, voici des objections graves. Si l'on admet cette affirmative, on restreint singulièrement le domaine de l'action de dol. Elle sera exclue, en effet, toutes les fois qu'il s'agira d'actes juridiques accomplis par la victime, car la *Restitutio in integrum* atteindra tous ces actes. Ainsi, elle atteint l'aliénation où elle prend le nom d'action *in rem* rescisoire. Elle atteint les acceptilations, son résultat est de faire revivre la créance remise ou éteinte, et elle devient l'action personnelle rescisoire. Elle atteint les obligations contractuelles, et le débiteur en tire des exceptions. Elle atteint l'action d'hérédité, et son effet est de faire considérer l'héritier comme jouissant du bénéfice d'abstention.

En somme, il n'y a guère d'actes qui lui échappent. A peine peut-on citer un affranchissement ou une vente d'esclaves accomplis dolosivement, ou bien les cas de perte de la chose. C'est tout ce qui restera pour l'application de l'action *de dolo*.

D'autre part, il faudra décider que si le dol émane d'un tiers : la *restitutio* devra être donnée contre l'autre partie de bonne foi plutôt que l'action *de dolo* contre le tiers possible.

Telles seraient les deux conséquences d'une réponse affirmative à la question posée ci-dessus. Elles ne paraissent guère admissibles. D'ailleurs, nous avons des textes qui semblent préférer en principe l'action *de dolo* à la *restitutio*. Quand un coupable est un tiers, les textes ne parlent de la *restitutio* que si le tiers est insolvable. Donc, s'il est solvable, c'est l'action de dol qui sera donnée contre lui. — La loi 38, *De dolo*, suppose une acceptilation consentie par un créancier à son débiteur sous l'empire des manœuvres dolosives

de ce dernier, et décide que, si le créancier est mineur, il aura la *restitutio*, mais, s'il est majeur, c'est l'action de dol qu'on lui accorde.

65. Or, voici la difficulté : Comment concilier cette loi 38 qui accorde l'action de dol, avec la loi 1, § 6, au même titre, qui semble au contraire préférer la *restitutio* à l'action, quand la victime est un majeur ?

Pour arriver à une conciliation, il faut faire la part de la *restitutio* et celle de l'action *de dolo*, et dire qu'il y a des cas où la *Restitutio in integrum* exclura l'action *de dolo*, et d'autres où la réciproque sera vraie.

I. *Cas où la « Restitutio in integrum » exclut l'action de dol.*

Nous rangerons ces cas en deux grandes catégories :

a) L'acte déterminé par le dol est un acte juridique et l'auteur du dol est un tiers qui se trouve insolvable.

Prenons pour exemple l'hypothèse d'une aliénation provoquée par les manœuvres d'un tiers étranger. On comprend que la *restitutio* sera le seul moyen de réparer le préjudice causé. Sans doute, l'action *de dolo* serait possible, mais elle n'aboutirait à rien puisque l'auteur du dol est insolvable, tandis que la victime sera rétablie dans son droit par la *restitutio*. Cette solution n'est pas formulée ainsi au Digeste, mais il y a des textes qui permettent de généraliser. En voici deux fort importants sur ce point :

« *Qui ex parte dimidia heres erit, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satisfactionis onus evitare possit, respondit se solum*

heredem esse, et condemnatus est; querebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore judicio, in eum, qui revera heres erat, actio dari deberet? Proculus respondit, rescisso judicio posse agi. Idque est verum (1) ». — On suppose que deux héritiers sont appelés à une succession chacun pour moitié. L'un des deux est seul poursuivi par une action personnelle et par un créancier de la succession : celui-ci interroge *in jure* l'héritier, et lui demande pour combien il est héritier ; le débiteur répond mensongèrement qu'il est héritier pour le tout. Il fait ce mensonge pour éviter la *satisfactio judicatum solvi*. — Pour comprendre ceci, il faut rappeler qu'en matière d'action personnelle celui qui plaide *suo nomine* ne doit pas la *satisfactio judicatum solvi*. Au contraire, si le défendeur plaide pour autrui, *alieno nomine*, il doit toujours la *satisfactio*. « *Nemo alienæ rei sine satisfactione defensor idoneus intelligitur.* » Le motif, c'est que la *litis contestatio* va enlever au demandeur ses droits contre l'intéressé véritable, et qu'il restera seulement en présence d'un plaideur peut-être insolvable. — Donc, pour éviter cette *cautio*, le débiteur fait un mensonge. Le créancier gagne son procès, mais l'héritier menteur se trouve insolvable. Proculus et Julien décident alors que, dans ce cas, le créancier obtiendra la *restitutio* contre la perte de son action, c'est-à-dire qu'il recouvrera la moitié de son action éteinte contre le second héritier. — Dans cette espèce, la *restitutio* nous apparaît comme le seul moyen de réparer le préjudice causé.

Un second texte où le même résultat se produit est

(1) Loi 18, Dig., *De interrog. in. jur.*, XI, 1.

la loi 3, Pr., et § 1, Dig., *De eo per quem factum*, II, 10. On suppose qu'une action étant sur le point d'être intentée, un tiers a empêché frauduleusement le défendeur de comparaître. Si le demandeur en a éprouvé un dommage, le préteur donne contre le tiers auteur du dol, non pas l'action *de dolo*, mais une action spéciale calquée sur l'action de dol et non infamante. Or, si le tiers se trouve insolvable, le demandeur aura la *restitutio* contre le défendeur, et se retrouvera dans la même situation qu'avant le procès.

Tels sont les textes. Il faut les généraliser et les appliquer à toute hypothèse analogue.

b) Le dol a été commis dans le cours d'une procédure même par la partie adverse, et ce dol a eu pour résultat de faire perdre le procès à la victime.

Ici, la *restitutio* n'a plus le même caractère de nécessité que tout à l'heure ; mais elle paraît être la voie la plus simple, la plus directe, et la mieux appropriée à la nature du préjudice causé.

Ainsi la loi 7, § 1, Dig., *De in integ. Restitut.*, IV, 1, suppose qu'un demandeur a subi une déchéance de procédure par la faute du défendeur. L'action *de dolo*, dans ce cas, serait parfaitement possible, et cependant le texte déclare qu'un préteur bienveillant pourra préférer la *restitutio* afin de ménager l'honneur de l'adversaire, « *boni prætoris est potius restituere litem* ».

Dans le même sens, nous citerons la loi 33, Dig., *De re judicata*, XLII, 1. Un défendeur a été condamné et découvre plus tard que le jugement a été rendu grâce au témoignage de personnes gagnées à prix d'argent. Il adresse à l'empereur Hadrien une requête pour faire annuler le jugement. Par un rescrit, l'empereur écarte l'action *de dolo*, possible ici, et accorde la *Restitutio*

in integrum contre le jugement, ce qui aura pour effet de remettre les choses en état.

Dans tous ces cas, la *restitutio* exclut l'action *de dolo*. Reste à expliquer comment on peut accorder la *restitutio* à des majeurs. C'est que, nous l'avons dit, la *restitutio* est la plus conforme à la nature du préjudice. Admettons, en effet, que, dans les hypothèses qui précèdent, on accorde l'action *de dolo* (1), comment le juge appréciera-t-il le dommage causé ? Il devra rechercher si, indépendamment des faits dolosifs, le procès eût été gagné. En d'autres termes, il faudra refaire le procès. C'étaient là de graves inconvénients, le préteur l'a compris, et c'est pourquoi il donne la *restitutio* qui efface l'acte juridique.

II. *Cas où l'action « de dolo » exclut la « restitutio. »*

En dehors des deux catégories de cas que nous venons d'étudier, l'action de dol reprend son domaine et exclut la *restitutio*.

Ainsi elle est donnée :

- a) Quand la nature de l'acte s'oppose à la *restitutio* ;
- b) Quand le dol émane d'un tiers solvable ;
- c) Quand le dol émane de l'autre partie contractante en dehors des actes d'une procédure.

Pourquoi, dans ces cas, le préteur préfère-t-il l'action *de dolo* qui est infamante ? C'est assez difficile à expliquer. Les auteurs n'en donnent pas de raison, et se bornent à constater les faits. — En voici un motif que nous croyons valable, à défaut d'autre.

Le préteur a considéré que la *Restitutio in integrum*, en brisant l'acte, peut réfléchir contre les tiers de bonne foi. Elle devra donc s'effacer devant l'action

(1) En supposant l'adversaire solvable.

de dol qui, elle, n'atteint jamais ces tiers. C'est là, croyons-nous, le motif du prêteur. On peut voir une preuve de ceci en étudiant ce qui se passe dans le cas de violence. Là, l'action *quod metus causa* et la *restitutio* sont données indifféremment, parce que cette action atteint même les tiers de bonne foi. Loi 14, §§ 3 et 5. Dig., *Quod metus causa*, IV, 2.

TROISIÈME PARTIE

EFFETS DU DOL

TROISIÈME PARTIE

Effets du dol.

66. D'une façon générale, l'effet du dol est de déterminer une erreur dont profite l'auteur des manœuvres illicites. Cela ressort de la définition même que nous avons donnée (Cf. n^{os} 3, sqq.).

La victime du dol a à sa disposition les moyens de répression du dol que nous venons d'étudier : action et exception de dol, restitution *ob dolum*, action du contrat dans les contrats de bonne foi, etc. Par ces moyens, elle obtiendra réparation du dol. Mais que faut-il entendre à Rome par « réparation du dol » ?

La difficulté vient de ce que le dol peut se présenter de deux manières fort différentes : tantôt les manœuvres dolosives ont agi sur la volonté même de la victime pour la pousser à faire l'acte qui doit la dépouiller ; par exemple : à faire un contrat, à faire adition d'une hérédité mauvaise ; — tantôt le dol consiste dans un acte dommageable accompli directement par le coupable lui-même ; par exemple : le débiteur de mauvaise foi détruit l'objet dû. Dans le premier cas, il y a dol dans la formation de l'acte juridique ; dans le second cas, il y a dol dans l'exécution de l'acte.

En raison pure, on comprend que la victime du dol obtienne, dans le premier cas, la rescision de l'acte entaché de dol, puisque le préjudice subi par elle consiste précisément à avoir accompli l'acte. Dans le second cas, au contraire, il suffit, pour la victime, d'obtenir une indemnité ; c'est la seule réparation possible au préjudice causé.

Pour étudier les effets du dol et pour voir comment la législation romaine en assurait la répression, nous diviserons cette matière en quatre titres : dans le premier, nous étudierons le dol présidant à la formation d'un acte juridique ; dans le second, nous verrons les effets du dol dans l'exécution d'une obligation ; le troisième sera consacré au dol en dehors de toute relation d'obligation ; et enfin, dans un dernier titre, nous traiterons des héritiers de l'auteur du dol.

TITRE PREMIER

DOL DANS LA FORMATION D'UN ACTE JURIDIQUE

CHAPITRE PREMIER

Contrats.

67. Supposons un dol commis dans la formation d'un contrat. Ce dol a engendré chez la partie contractante une erreur. Or, cette erreur peut être de deux sortes : *essentielle* ou *accidentelle*. « L'erreur est « essentielle, dit M. Van Wetter (1), quand elle exclut « le consentement des parties. A l'erreur essentielle « s'oppose l'erreur accidentelle, c'est l'erreur non « exclusive du consentement. » Si le dol a engendré une erreur essentielle, c'est-à-dire destructive du consentement, il n'y a pas de contrat ; mais c'est là un effet de l'erreur et non du dol. Que la partie soit tombée elle-même dans l'erreur ou qu'elle y ait été poussée par des manœuvres dolosives, il n'y a pas de consentement, partant, pas de contrat ; mais il importe cependant de constater qu'il y a eu dol, car la partie victime des manœuvres dolosives pourra obtenir une indemnité, tandis qu'il en serait autrement si elle était tombée elle-même dans l'erreur.

(1) Van Vetter. Des oblig. en dr. rom., II, 112.

Si le dol a déterminé une erreur dite *accidentelle*, cette erreur, d'après les principes, est sans influence sur le consentement ; la convention, et partant le contrat, se forment malgré l'erreur. « De même que, selon M. Van Wetter, on dit du contractant violenté moralement : « *coactus voluit, sed tamen voluit* », on peut dire du contractant trompé : « *deceptus voluit, sed tamen voluit* ». On peut donc alors étudier directement l'influence du dol sur la convention. C'est dans ce cas que nous devons exclusivement nous placer.

SECTION I. — DOL ÉMANANT DE L'UNE DES PARTIES.

68. Pour savoir quel est l'effet du dol sur le contrat, il faut distinguer entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi. En outre, il faut faire une distinction dont on a contesté l'exactitude au point de vue du droit romain (1), mais qui s'impose au point de vue rationnel entre le dol principal : *dolus dans causam contractui*, et le dol incident : *dolus incidens in contractum*. « Le premier est celui qui est « la cause déterminante du contrat, de telle sorte que, « sans la fraude, on n'eût conclu le contrat en aucune « façon. Le second détermine seulement à conclure, à « des conditions plus onéreuses, un contrat qu'on eût « aussi conclu sans la fraude, mais à des conditions « meilleures. Une chose est vendue pour un prix de « 10,000 ; le vendeur a trompé l'acheteur. Sans les « manœuvres frauduleuses, l'acheteur n'eût acheté la

(1) Cf. P.-F. Girard, Manuel de dr. rom., p. 448, note 4.

« chose à aucun prix : le dol est principal. Sans les
« artifices coupables, l'acheteur aurait acheté quand
« même, mais il n'aurait consenti à donner que
« 5,000 : le dol est accessoire (1) ».

Au point de vue rationnel, le dol principal qui a déterminé la partie à contracter doit lui permettre de demander la rescision du contrat. Le dol accessoire, au contraire, n'a fait qu'imposer à la partie des conditions plus onéreuses, puisqu'elle aurait contracté sans le dol ; il ne doit lui permettre que de demander une indemnité.

Examinons si les Romains ont été fidèles à ces principes.

69. 1^o *Contrats de bonne foi.*

Dans ces contrats, la difficulté ne porte que sur le dol principal. En cas de dol incident, la victime a seulement droit à la réparation du préjudice causé. Cf. loi 13, § 4, et loi 22, *De act. empti et venditi*, D., XIX, 1.

Mais que décider en cas de dol principal ? Le contrat est-il inexistant, ou bien la partie lésée n'a-t-elle droit qu'à une indemnité ?

Voici l'intérêt de la question :

Si le contrat est inexistant, il ne pourra être validé plus tard ; toute personne intéressée pourra se prévaloir de son inexistence ; enfin, si c'est un tiers qui a commis le dol et que l'autre partie soit complice, l'action *de dolo* sera donnée contre le tiers et solidairement contre l'autre partie contractante.

Au contraire, si le contrat est déclaré existant, la partie lésée aura l'action même du contrat contre

(1) Van Wetter. *Oblig.*, II, p. 137.

l'autre partie, ce qui exclura l'action *de dolo* contre cette partie et même contre le tiers.

Sur cette question d'existence ou d'inexistence du contrat, il s'est formé trois systèmes :

1^{er} SYSTÈME. — On distingue entre le dol *principal* et le dol *incident*. Puis on admet qu'en droit romain le dol principal et la violence rendent inexistants les contrats de bonne foi. Quant au dol incident, il n'empêche pas le contrat de se former et donne lieu seulement à des dommages-intérêts. Ce système invoque quatre arguments :

a) La loi 7, Pr., *De dolo*, que l'on interprète dans le sens de l'inexistence des contrats.

b) Loi 5, § 2, Dig., *De auct. et cons. tutor.*, XXVI, 8. « *Si mala fide emptio intercesserit, nullius erit momenti* ».

c) Loi 57, § 3, Dig., *De contrah. empt.*, XVIII, 1.

d) Loi 3, § 3, Dig., *Pro socio.*, XVII, 2. Loi 16, § 1, Dig., *De minorib.*, IV, 4.

Ce système est exact quant au dol incident qui donne bien naissance à des dommages-intérêts, mais il est faux quant au dol principal, excepté pour la société.

Si le dol est une cause d'inexistence pour les contrats, ce ne peut être que parce qu'il altère le contrat au point de l'empêcher d'exister. Cela revient à dire que le dol rend inexistants tous les contrats.

Répondons d'abord aux arguments ci-dessus.

a) D'abord la loi 7, Pr. Nous verrons (1) que les mots : « *nullam esse venditionem* » ne doivent pas s'entendre de l'inexistence absolue des contrats.

b) La loi 5, § 2, Dig., *De auct. et cons. tutor.*, XXVI,

(1) Cf. N° 71.

8, réfute elle-même l'argument qu'on en tire. Il y est dit, en effet, que si le pupille, devenu majeur, confirme le contrat, ce contrat sera valable. Donc il existait auparavant : on ne confirme pas le néant. Quant aux mots « *nullius momenti* », le texte veut dire par là que le contrat est nul *exceptionis ope* ; c'est-à-dire que le pupille pourra repousser le tuteur par l'exception de dol.

c) La loi 57, § 3, Dig., *De contrah. empt.*, XVIII, 1, parle, il est vrai, du dol, mais elle suppose que l'objet du contrat a péri avant que les parties aient voulu former ce contrat. C'est donc un cas de défaut d'objet et le contrat est inexistant pour ce motif et non pour dol.

d) Restent les deux textes relatifs au contrat de société. Ces deux textes, le second surtout, doivent être entendus dans le sens de l'inexistence du contrat. Mais c'est là une décision particulière au contrat de société. Pendant longtemps, en effet, les jurisconsultes virent dans ce contrat une convention d'amitié plutôt qu'une convention pécuniaire. Plus tard, on continua à le considérer comme un *jus fraternitatis* (1). C'est ce qui explique l'inexistence du contrat pour dol, car le dol est la négation même de la fraternité.

D'ailleurs, il n'est pas tout à fait logique de déclarer une société inexistante pour dol, car l'associé trompé n'a pas à gagner à une inexistence absolue du contrat. Il eût mieux valu qu'on fit du dol une cause d'annulation invocable par l'associé trompé seul.

Voilà le premier système réfuté.

2^e SYSTÈME. — Ce système ne distingue pas entre

(1) Cf. Accarias. Tome II, p. 507.

les deux sortes de dol ; car, dit-on, les textes ne distinguent pas, et il admet que le contrat est inexistant dans tous les cas.

Nous repousserons ce système *a fortiori*, car il y a des textes qui distinguent, comme nous le verrons tout à l'heure.

3^e SYSTÈME. — Nous admettons qu'au point de vue de l'*inexistence même du contrat*, il n'y a pas à distinguer entre les deux sortes de dol et que le contrat existe toujours.

Mais cette distinction reparait et s'impose quand il s'agit de l'*étendue des dommages-intérêts*. Ils seront plus élevés dans les cas de dol principal et pourront aller jusqu'à la nullité même du contrat, mais ce ne sera qu'une *annulabilité* au gré de la partie lésée.

a) Examinons d'abord le *dol incident*.

La victime ne pourra se refuser à exécuter le contrat ; elle obtiendra seulement une simple diminution de prix, de telle sorte que la partie lésée deviendra à son tour créancière de l'autre partie. Il s'opère alors une compensation entre cette créance de dommages-intérêts et la créance du contrat, créance que la victime opposera par une exception de dol, toujours entendue dans les *negotia bonæ fidei* (1). Ainsi le juge sera autorisé à diminuer le montant de la condamnation au profit de la partie lésée ; mais cette voie n'est possible que si les choses sont encore entières, c'est-à-dire si la victime n'a pas encore exécuté son obligation.

Si la partie lésée a déjà exécuté son obligation,

(1) *Exceptio doli mali inest bonæ fidei judiciis*. Loi 21, *Dig., Sol. matr.*, XXIV, 3.

on lui donnera l'action même du contrat pour répéter une partie du prix qu'elle aura payé.

b) Hypothèse du *dol principal*.

Dans ce cas, avons-nous dit, la partie lésée a droit à des dommages-intérêts plus élevés. Pour les fixer, il faut partir de cette idée que la victime n'aurait pas contracté sans le dol.

Et l'on peut faire la distinction suivante :

Ou bien la partie lésée n'a pas encore exécuté son obligation. Elle opposera alors l'*exceptio doli* à son adversaire, le juge l'absoudra et la dispensera d'exécuter le contrat. Ce sera une nullité *exceptionis ope*.

Mais, bien entendu, la victime pourra toujours demander le maintien du contrat avec des dommages-intérêts à son profit.

Ou bien l'obligation a déjà été exécutée. La partie lésée aura alors l'action du contrat à son service, parce que le contrat est synallagmatique. De plus, comme l'*intentio* de la formule de ces contrats est aussi large que possible, la victime pourra encore, devant le juge, demander des dommages-intérêts en offrant de rendre ce qu'elle a reçu. Dans ce cas, le juge prononcera au profit de la victime une condamnation en argent, ce qui amènera souvent l'autre partie à abandonner le contrat.

Tel est l'exposé de notre système ; c'est le seul, croyons-nous, conforme aux principes et aux textes.

D'abord, les principes. Le dol, en effet, n'empêche pas le contrat d'exister. Celui qui est trompé sait ce qu'il fait.

Quant aux textes qui appuient notre système, il faut les classer en deux groupes :

1^{er} GROUPE. — Ce sont les textes qui prouvent que les contrats de bonne foi existent malgré le dol.

a) Tout d'abord, au titre même de la vente, la loi 11, § 5, Dig., *De act. empti.*, XIX, 1. « *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et, sciens errare cum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causâ non esse, veruntamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur* ». Le vendeur a commis un dol qui peut être considéré ici comme principal ou *dans causam contractui*. Cependant il n'y a pas eu erreur sur les qualités substantielles de l'objet. Tandis, en effet, que l'erreur *in sexu* entraînait la nullité de la vente (1), l'erreur *in pudicitia* porte simplement sur les qualités secondaires (2). Ulpien, l'auteur du texte, accorde à l'acheteur trompé une action *ex empto* en résolution de la vente. Or la nécessité d'une résolution implique évidemment la validité du contrat. Voilà donc une vente, c'est-à-dire un contrat de bonne foi, entachée de dol du côté du vendeur, et qui, néanmoins, donne naissance à des obligations *ex empto* et à une action *ex vendito*. Est-il possible de démontrer plus nettement l'exactitude de notre affirmation, à savoir que le dol n'entraîne pas de plein droit la nullité des contrats de bonne foi qui en sont entachés (3).

b) L'anecdote de Cicéron nous montre une vente également entachée de dol qui peut servir de base à une novation. C'est donc que la vente existe malgré le dol.

c) Les constitutions 4 et 5 au Code, *De his quæ vi*

(1) Loi 11, § 1. *Dig. de contrah. empt.*, 1.

(2) Cf. Cujas. Œuvres, t. VII, p. 751.

(3) Carré de Malberg. Hist. de l'Exception en droit romain.

metusve, II, 20, se réfèrent à des actes entachés de violence et accordent la *Restitutio in integrum*, preuve que les actes existent malgré la violence. Aussi en sera-t-il de même *a fortiori* en cas de dol.

d) Citons enfin simplement les lois 13, § 27 et 28, Dig., *De act. empt.*, XIX, 1, et loi 21, § 4, Dig., *Q. met. caus.*, IV, 2, qui corroborent notre système.

2^e GROUPE DE TEXTES. — Ce sont ceux qui distinguent entre le dol principal et le dol incident au point de vue du *quantum* des dommages-intérêts et qui, par conséquent, réfutent le second système exposé plus haut.

Loi 12, § 1, Dig., *De jure dotium*, XXIII, 3. Voici l'espèce ; on y trouve les deux dols. Une femme a constitué en dot un esclave qui a été estimé. Or, l'estimation valant vente, l'esclave a été vendu au mari. Le texte suppose que, par suite du dol de ce dernier, l'estimation a été très faible ; et alors, dit le texte, si le dol a fait seulement diminuer l'estimation, le mari devra la parfaire, à moins qu'il ne préfère vendre l'esclave. C'est le *dol incident*. Au contraire, si le dol a eu pour résultat de déterminer la livraison de l'esclave, c'est cet esclave même que le mari devra rendre. C'est le *dol principal*. Dans l'action *rei uxoriæ* que va intenter la femme, et qui est arbitraire, le juge, en vertu de son *arbitrium*, ordonnera au mari de rendre l'esclave, sinon il le condamnera à une peine pécuniaire de la juste valeur de l'esclave.

Nous pourrions invoquer encore d'autres textes qui distinguent entre les deux dols, notamment la loi 13, § 4, Dig., *De act. empt.*, XIX, 1. Qu'il nous suffise d'observer que ces deux espèces de dol seront parfois difficiles à distinguer. Ce sera au juge d'apprécier. Mais il y a bien deux espèces de dol, comme nous voulions le démontrer.

Cependant, d'après M. Girard, cette distinction de deux espèces de dol ne serait conforme ni aux textes, ni surtout au système de procédure en vigueur à l'époque de leur rédaction : les textes qu'on oppose ne visent pas des catégories de dol distinctes juridiquement et, sous la procédure formulaire, le droit de se plaindre du dol se manifestait partout par une même action, aboutissant partout à une condamnation pécuniaire dont le montant pouvait seulement différer en fait selon les circonstances.

70. Donc le dol, quel qu'il soit, intervenant dans la formation d'une convention, ne rend pas cette convention inexistante. Cette question, aujourd'hui résolue, a soulevé de nombreuses discussions entre les anciens interprètes du droit romain, et c'est à propos de la loi 7, Pr., *De dolo*, que les difficultés ont pris naissance.

Tout d'abord, voici l'hypothèse du texte :

Un mineur de vingt-cinq ans, propriétaire d'un esclave, a été amené, par les manœuvres dolosives de cet esclave, à le vendre à un tiers. Le texte ne nous en dit pas le but, mais il permet de supposer que ce but a été, pour l'esclave, de se faire affranchir par son nouveau maître, car peut-être trouvait-il des empêchements à son affranchissement de la part du curateur du mineur. Le texte ajoute que le maître a vendu l'esclave avec son pécule et que l'acheteur l'a affranchi.

Il faut compléter ce texte.

Pour que l'acheteur de l'esclave puisse l'affranchir, il faut qu'il en soit devenu propriétaire ; or, la vente seule n'a pu produire cet effet. Il faut donc supposer qu'elle a été suivie d'une mancipation ou d'une *cessio in jure*,

Alors la question est de savoir : Si le mineur aura un recours ? Par quelle voie ? Contre quelles personnes ?

Julien accorde au mineur l'action *de dolo*, non pas contre l'acheteur, mais contre l'esclave affranchi. Cette décision semble contraire aux principes de notre sujet, à savoir que l'action de dol est subsidiaire, alors qu'il semble que le mineur aura d'autres actions pour se faire indemniser. Elle semble aussi contraire aux principes généraux en matière d'actions délictuelles. De là trois objections, dont les deux premières sont prévues et résolues par Ulpien dans le texte, et une troisième qui donne lieu à de grandes difficultés.

1^{re} OBJECTION. — Le mineur a l'action *venditi* contre l'acheteur, et cette action doit exclure l'action *de dolo* contre l'affranchi.

Ulpien répond à cela que, dans la supposition de Julien, l'acheteur de l'esclave a été de bonne foi et le dol exclusivement du côté de l'esclave. Ici vient une phrase difficile : « *aut nullam esse venditionem* ». Ulpien semble dire que, même si l'acheteur eût été de mauvaise foi, l'action *de dolo* serait encore donnée contre l'affranchi, parce que, dans ce cas, la vente serait *inexistante* et ne pourrait donner lieu à l'action *venditi* contre l'acheteur. Nous approfondirons ce point plus loin (n° 71).

2^e OBJECTION. — Si le mineur n'a pas l'action *venditi* contre l'acheteur, il a au moins la *Restitutio in integrum* qui exclut l'action *de dolo*. « Non, répond Ulpien, parce que la nature spéciale de l'acte rend impossible la *Restitutio in integrum*, car il s'agit ici d'un affranchissement consommé. Et même, quand une vente a été suivie d'un affranchissement, la *restitu-*

tutio n'était accordée ni contre l'affranchissement, ni contre la vente (Cf. loi 48, § 1, Dig., IV, 4).

3^e OBJECTION. — Celle-ci est grave et non prévue par Ulpien. Elle est tirée des principes généraux en matière d'actions délictuelles.

L'action *de dolo* est une action pénale au moins du côté du défendeur, *a parte rei*, et fondée sur une obligation *quasi ex delicto*. Or, il est de règle que les délits et les faits illicites commis par l'esclave PENDANT l'esclavage donnent lieu à des actions contre lui APRÈS son affranchissement, mais à la condition expresse que la partie lésée soit un tiers autre que son maître. Au contraire, quand le fait illicite de l'esclave a été commis au préjudice même de son maître, il est de principe constant qu'aucune action ne peut naître entre le maître et son esclave, quand même ce dernier aurait changé de maître (1).

Ces principes paraissent violés ici. En effet, le dol de l'esclave qui a trompé son maître est un fait illicite commis PENDANT l'esclavage et au préjudice du maître. Comment donc expliquer que Julien ait pu donner ici l'action *de dolo* au maître contre l'esclave affranchi ?

L'objection est sérieuse.

Voici, croyons-nous, la seule explication possible :

Nous sommes ici en présence d'un fait délictuel d'une nature et d'un caractère très particuliers dont il faut tenir compte. Le délit ici a un caractère de continuité. Il est certain que ce délit s'est continué même APRÈS la vente et jusqu'à l'affranchissement. L'esclave, en se prêtant à l'affranchissement dolosif par le second maître acheteur, a continué et reproduit le dol dont il s'était rendu coupable avant son aliéna-

(1) *Institutes*, IV, 8, § 6.

tion envers son premier maître vendeur. Donc, si nous considérons l'esclave comme ayant commis le dol APRÈS qu'il a été aliéné, l'objection tombe, parce que son ancien maître est devenu un tiers par rapport à lui. Par conséquent, il pourra y avoir lieu à une action contre lui, même après son affranchissement. A l'appui de cette opinion, nous citerons la loi 44, Pr., *De minoribus*, IV, 4. Id. *Constit.*, I. Au Code, III, 44.

71. Telles sont les objections soulevées par la décision de Julien. Mais une sérieuse difficulté s'est présentée à propos du texte d'Ulpien. Il s'agit de la fameuse phrase : « *Nullam esse venditionem* », dont nous avons parlé tout à l'heure. Voici le texte : « ...*Julianus scribit, si minor annis viginti quinque consilio servi circumscriptus, eum vendidit cum peculio, emptorque eum manumisit, dandum in manumissum de dolo actionem. (Hoc enim sic accipimus, carere dolo emptorem, ut ex empto (1) teneri non possit); aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* ».

Pourquoi cette phrase infinitive, puisque « *accipimus* » est entre parenthèses ?

De nombreuses interprétations se sont produites à ce sujet. En voici quelques-unes :

1° D'après Cujas, la phrase ci-dessus doit être gouvernée par le verbe « *accipimus* » malgré la parenthèse, et voici sa pensée : Ulpien vient de dire que le mineur a l'action *de dolo* contre son affranchi ; mais, pour admettre cette action, il faut supposer : ou bien que l'acheteur a été de bonne foi, ou bien que la vente est inexistante, en supposant que le dol ait été la

(1) *Ex empto* est une faute ; c'est *ex vendito* qu'il faudrait.

cause de cette inexistence. Dans ces deux cas, en effet, il n'est pas possible de donner l'action *ex vendito*, et, par conséquent, l'action *de dolo* sera seule possible. Ulpien démontrerait ainsi que Julien a eu raison de donner l'action de dol dans les deux cas.

Au premier abord, cette interprétation de Cujas semble assez naturelle et assez conforme au sens, malgré la parenthèse ; mais elle repose sur cette idée, difficile à admettre, que le dol entraîne l'inexistence des contrats de bonne foi. Cette théorie se heurte en outre à des textes formels et sans développer ces textes ici même, on peut objecter ceci :

En admettant que la vente soit inexistante, elle ne peut l'être que par le dol de l'acheteur ou par le dol de l'esclave. Serait-ce à cause du dol de l'acheteur ? Il semble peu probable qu'Ulpien l'ait prétendu ; en tous cas, le texte est muet sur ce point. Serait-ce à raison du dol de l'esclave ? Ce serait contraire à toutes les règles de la matière. On a essayé de dire que le dol de l'affranchi a pu déterminer une de ces erreurs *essentiell*es destructives du consentement lui-même. S'il en était ainsi, il serait étrange que le jurisconsulte n'en ait rien dit.

En outre, et sans insister sur ce fait que les mots « *aut nullam esse venditionem* » sont en dehors de la parenthèse et ne peuvent être gouvernés par « *accipimus* », on peut dire : La preuve que la vente n'est pas inexistante, c'est que l'acheteur a pu affranchir l'esclave ; c'est donc que la vente était valable, puisqu'elle a pu servir de *justa causa* à la *mancipatio*.

2° Voici comment M. Van Wetter (1) rend compte de ce passage :

(1) Van Wetter, Oblig. en dr. rom., II, 142.

L'édit prétorien n'accordait l'*actio doli* qu'à défaut de toute autre action. Cela signifiait, d'après Pomponius : à défaut de tout autre moyen de sauvegarder les intérêts de la personne trompée. Ulpien se demande si cette opinion de Pomponius n'est pas contredite par l'enseignement de Julien dans l'espèce que nous venons d'exposer, où un mineur est trompé par son esclave. Julien distinguait si l'erreur qui avait accompagné le dol de l'esclave était essentielle ou accidentelle. Dans le premier cas : « *Si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* », la vente de l'esclave était inexistante « *nullam esse venditionem* », donc aussi sa tradition et sa manumission de la part d'un non propriétaire ; le mineur ayant conservé la propriété de l'esclave pouvait le revendiquer, — ce qui excluait l'action de dol. Dans le second cas, erreur accidentelle, Julien accordait l'action de dol contre l'affranchi « *dandum in manumissum de dolo actionem* ». Pour concilier cette doctrine de Julien avec celle de Pomponius, il suffit, dit Ulpien, de n'accorder l'*actio doli* dans l'hypothèse d'une erreur accidentelle que si l'acheteur est de bonne foi « *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem* » ; s'il est de mauvaise foi, le mineur a contre lui l'action *venditi* « *ut ex empto teneri non possit* » et l'action de dol se trouve ainsi écartée. En résumé, d'après Ulpien, le mineur ne dispose de l'*actio doli* contre l'affranchi, que s'il a été victime d'un dol accompagné d'une erreur simplement accidentelle, et si, en outre, l'acheteur est demeuré étranger à la fraude. M. Van Wetter admet donc que les mots « *aut nullam esse venditionem, si in hoc ipso ut venderet circumscriptus est* » appartiennent à l'énoncé de l'opinion de Julien et que la seule correction d'Ulpien consiste

dans la phrase « *hoc enim sic accipimus carere dolo emptorem, ut ex empto teneri non possit* » que Mommsen, dans son édition du Digeste, place effectivement entre parenthèses. Ulpien termine par l'observation que (dans le cas d'une erreur accidentelle du vendeur et de la bonne foi de l'acheteur) l'*actio doli* contre l'affranchi n'est pas exclue par la restitution en entier du mineur contre la manumission, cette restitution étant impossible en règle générale.

72. Modifions un peu l'hypothèse et supposons, avec la loi 20, Pr., *De dolo*, qu'un esclave doit à son maître une valeur sur son pécule, et le texte ajoute que cet esclave, devenu ainsi débiteur naturel de son maître, n'est pas solvable. Bien entendu cette insolvabilité doit s'entendre relativement au pécule. Dans ces conditions, le maître, qui le sait solvable, l'a engagé à emprunter de l'argent à un tiers pour payer sa dette naturelle.

Il y a là un dol envers le tiers, dol analogue à celui d'un créancier qui, sachant son débiteur insolvable, l'a engagé à se faire prêter de l'argent. Quelle action le tiers aura-t-il ?

Si l'esclave était libre, l'action *de dolo* serait impossible, car il y aurait lieu à la *condictio ex mutuo*. Mais, même dans le cas de l'esclave, une action est possible, en théorie, non pas contre l'esclave, mais contre son maître, et cette action sera la *condictio ex mutuo* donnée *de peculio*, car l'esclave oblige le maître du pécule.

Or, en pratique, le texte décide que cette dernière action ne sera pas donnée contre le maître, pour ce motif qu'il n'y a rien dans le pécule, et que l'action

serait inefficace, et par conséquent, dit le texte, il y aura lieu à l'action *de dolo* contre le maître.

Bien que justifiée, cette décision paraît, au premier abord, singulière. Nous savons déjà, en effet, que l'action *de dolo* doit être refusée quand il existe une autre action possible contre le coupable, et il semble que ce soit le cas ici. On peut répondre à cela que l'action *de peculio* n'est pas une action dont le maître se trouve tenu *en son nom personnel* ; mais c'est l'action résultant du contrat de l'esclave qui réfléchit contre le maître. Par conséquent, l'action *de peculio* peut être comparée à une action qui serait possible contre un tiers, et il est de règle, dans ce cas, que si l'action contre le tiers est inefficace, l'action *de dolo* devient possible.

Le texte ajoute, remarquons-le, qu'il n'y a pas lieu non plus contre le maître à l'action *de in rem verso*. Cette action n'est pas possible, en droit, parce que le maître n'a fait que recevoir ce qui lui est dû par son esclave : il n'y a donc pas enrichissement pour lui. D'ailleurs, si le texte ne le disait pas, cela résulterait de la *versio in rem* elle-même. Il y a en effet *in rem versum* toutes les fois que *l'alieni juris*, s'il eût été *sui juris*, aurait droit à l'action *mandati* ou *negotiorum gestorum contraria* contre son maître. Or, dans notre espèce, l'esclave a fait plutôt sa propre affaire que celle de son maître.

Enfin pourquoi n'a-t-on pas songé ici à l'action *quod jussu* donnée contre le maître ?

C'est une difficulté réelle qu'on peut expliquer de deux manières.

Une première explication est tirée de la loi 1, § 5, Dig., XV, 4.

Elle suppose qu'un maître s'est porté fidéjusseur

pour son esclave débiteur d'un tiers. Il l'a donc autorisé à contracter. Et le texte décide que le créancier n'aura pas contre le maître l'action *quod jussu*, même si la fidéjussion est nulle, pour ce motif que le maître est intervenu en faveur de l'esclave plutôt comme tiers que comme maître. Il ne doit donc pas être tenu de l'action *quod jussu*. — On pourrait transporter dans notre texte le motif de cette loi 1, et dire que le maître est intervenu comme tiers.

Une autre explication est tirée des principes généraux. L'action *quod jussu* est fondée sur l'idée que les tiers ont eu foi dans le *jussus* du maître et ont compté sur sa garantie personnelle. Cette action suppose donc une autorisation connue des tiers. — Or, dans notre espèce, les choses ne se sont pas passées ainsi. Le maître s'est tenu dans l'ombre en conseillant seulement l'esclave. Le tiers n'a donc pas dû compter sur la garantie du maître, mais seulement sur le pécule. C'est pourquoi, à défaut de ce dernier, il n'aura que l'action *de dolo*.

73. Enfin, jusqu'ici nous avons supposé que le contrat ou la convention à la formation de laquelle le dol a présidé a été exécutée ou a reçu tout au moins un commencement d'exécution. Il nous reste à examiner le cas d'une obligation contractée sous l'empire du dol et non encore exécutée.

Supposons que le dol émane du créancier lui-même. Quand celui-ci voudra exiger l'exécution de l'obligation, l'exception de dol appartiendra au promettant qui, grâce à cette exception, pourra repousser le créancier en lui opposant une nullité *exceptionis ope*. Et l'action *de dolo* devra lui être refusée.

Il faut étendre ceci à tout contrat provoqué par dol

et non encore exécuté ; de même qu'à toute aliénation non encore consommée, si cette aliénation est le résultat du dol de l'acquéreur.

Deux questions importantes se présentent ici :

1^{re} QUESTION.— Supposons que le débiteur a actuellement en mains la preuve des faits dolosifs, et il craint que ses moyens d'exception ne viennent à s'affaiblir et même à périr. Ne pourra-t-il pas prendre l'initiative d'une poursuite par l'action *de dolo* afin d'utiliser ses moyens de preuve ?

En matière de violence, il a ce droit. *Quid* en matière de dol ? D'après notre règle, il faut répondre négativement, car il a une exception à son service. Mais ce résultat peut lui être grandement préjudiciable ; aussi, faut-il dire ici que le magistrat ne tolérera pas la ruse du créancier, et, s'il constate un retard calculé de sa part, en vertu de la *cognitio causæ*, il pourra délivrer au débiteur une action *in factum*, subsidiaire de l'action de dol, pour lui permettre d'utiliser ses moyens de preuve.

2^e QUESTION. — Si le débiteur trompé a exécuté son obligation sans avoir opposé son exception, n'aura-t-il pas l'action *de dolo* pour revenir sur son exécution ?

En principe, non, il n'aura pas l'action de dol, sauf dans un cas. Et voici le motif de ce refus :

Ou bien le débiteur a exécuté en pleine connaissance de cause. Il est censé alors avoir renoncé à son exception et avoir confirmé tacitement le contrat. Donc pas d'action en répétition.

Ou bien l'exécution a eu lieu sous l'empire de la même erreur qui avait accompagné la formation du contrat. — Ici, il sera juste de lui donner le droit de revenir sur l'exécution, mais ce ne sera pas par l'action de dol. En effet, le débiteur qui a exécuté par

erreur une obligation entachée de dol a une action de droit commun qui le protège; c'est la *condictio indebiti*. Il est de principe que la personne ayant exécuté par erreur une promesse sans avoir opposé une exception perpétuelle qui lui aurait permis de se défendre utilement, il est de principe, disons-nous, que cette personne jouit de la *condictio indebiti*. Mais il faut pour cela que cette exception soit *in favorem debitoris*, ce qui est le cas présent.

Ces principes sont formulés dans la loi 40, Dig., *De condict. indebit.*, XII, 6. « *Qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest.* »

Il faut conclure de là que toutes les fois que l'acte sera une obligation provoquée par le dol du créancier lui-même, l'action *de dolo* ne sera jamais possible pour le débiteur.

74. 2° Contrats de droit strict.

Ici, la victime n'a à sa disposition que les moyens prétoriens : action et exception de dol. Nous laissons de côté la restitution dont nous avons précisé le rôle exceptionnel.

Si la victime a promis sous l'empire du dol, elle repoussera l'autre partie par l'exception *doli mali*; si, au contraire, elle a stipulé, toujours sous l'empire du dol, elle aura l'action *de dolo*, qui lui permettra d'obtenir une indemnité. En droit, le contrat reste debout. Mais, en fait, étant donné le caractère arbitraire de l'action de dol et l'exécution souvent possible du *jussus judicis*, par la *manus militaris*, la victime arrivera dans la plupart des cas à la rescision du contrat.

SECTION II. — DOL ÉMANANT DES TIERS.

75. Modifions un peu l'hypothèse, et supposons que la partie lésée se soit obligée, à la suite de manœuvres dolosives émanant d'un tiers; elle n'aura plus l'exception de dol contre le créancier que nous supposons de bonne foi. Par conséquent, l'action de dol sera donnée contre le tiers.

Il faut cependant restreindre cette conclusion et dire que l'action de dol sera donnée contre le tiers, à moins que la victime n'ait contre le créancier une exception indépendante du dol. C'est ce qui arrive dans les deux cas suivants :

a) Par suite du dol d'un tiers, le débiteur a fait des donations *ultra legis Cinciae*. Le donataire est de bonne foi; peu importe, le donateur lui opposera l'exception *legis Cinciae*, et l'action de dol ne sera pas possible.

b) Une femme, par suite du dol d'un tiers, s'est portée fidéjusseur pour autrui. Le sénatus-consulte Velléien protège la femme contre son intercession au moyen de l'exception du sénatus-consulte Velléien, aussi n'aura-t-elle pas l'action *de dolo* contre le tiers.

Enfin, dans ces deux cas, si les promesses ont été exécutées par erreur, il y aura lieu à la *condictio indebiti*, car c'est une exception perpétuelle.

En terminant sur ce point, signalons une différence qui existe à ce point de vue entre les actes entachés de dol et ceux entachés de violence. — Pomponius avait voulu proposer les mêmes règles pour la violence et pour le dol. Il distinguait entre les *negotia perfecta* et les *negotia imperfecta*. Les premiers étaient les

actes complètement exécutés de telle sorte que celui qui en a profité n'a plus rien à demander à la victime. Dans ce cas, Pomponius accordait à cette dernière l'action *quod metus causa*. Pour les *negotia imperfecta*, au contraire, il décidait, comme en cas de dol : la victime ayant l'exception *quod metus*, il faut lui refuser l'action. — Ulpien (1) rejeta cette opinion de Pomponius parce que l'action *quod metus* n'est pas subsidiaire, et décida que, en cas de violence, la victime aurait le choix entre l'action, l'exception et même la *Restitutio in integrum*. — Par conséquent, à la différence de celle du dol, la victime de la violence pourra prendre l'initiative d'une poursuite sans attendre le créancier.

(1) Loi 9, § 3. Dig. *Quod metus causa*, IV, 2.

CHAPITRE II

Actes juridiques autres qu'un contrat.

76. En règle générale, quand le dol a eu pour résultat la formation d'un acte juridique quelconque en dehors d'une convention, la victime aura l'action de dol contre le coupable, à la condition toutefois de ne pas avoir d'autre voie de recours. Et, alors, quand l'action de dol est possible, deux solutions se présentent : ou les effets de l'acte entaché de dol peuvent être détruits par un acte contraire, ou ils ne le peuvent pas. Dans le premier cas, le juge ordonnera au défendeur de rétablir les choses dans leur état antérieur; dans la seconde hypothèse, la satisfaction ordonnée par le juge consistera dans une somme d'argent.

Examinons les différents cas qui peuvent se présenter :

§ 1. *Acceptilation obtenue par dol.*

77. L'acceptilation est ainsi définie par Gaius au § 169 de son troisième commentaire : « Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est
« veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum
« obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere,
« poterit sic fieri ut patiaris hæc verba me dicere :
« *Quod ego tibi promisi habesne acceptum?* et tu
« respondeas : *Habeo.* »

C'est donc le paiement fictif d'une obligation verbale opérée à l'aide d'une interrogation et d'une réponse

concordant entre elles et conformes aussi à la formule de l'obligation qu'il s'agit d'éteindre.

Or, suivant la règle commune à tous les actes issus du droit civil, par exemple à la stipulation, l'acceptilation est irrévocable; mais cela ne veut pas dire qu'elle ne soit susceptible d'aucune attaque. Les cas dans lesquels une acceptilation peut être attaquée sont au nombre de trois : 1^o lorsqu'elle a été déterminée par la violence; 2^o lorsqu'elle a été provoquée par dol; 3^o lorsqu'elle a été faite *in fraudem creditorum*.

Nous ne nous occuperons que des deux derniers cas qui rentrent seuls dans notre sujet.

a) Acceptilation obtenue par dol.

On sait que l'action de dol n'est donnée que contre l'auteur du dol. Aussi pour qu'il y ait lieu à l'action *de dolo* en cette matière, il faut que le dol ait été commis par le débiteur même à qui l'acceptilation a été consentie. On suivra alors les règles ordinaires admises pour l'action de dol. L'irrévocabilité de l'acceptilation apparaît en ce sens que si le débiteur ne veut pas restituer son action au créancier, le juge le condamnera à une peine pécuniaire.

b) Acceptilation faite *in fraudem creditorum*.

Il faut supposer un débiteur insolvable qui a consenti une acceptilation : celle-ci tombera sous le coup de l'action Paulienne. Mais comme cette action Paulienne est arbitraire, le juge ordonnera au débiteur de remettre les choses en état, s'il veut éviter une condamnation pécuniaire.

La loi 25, Dig., *Quæ in fraud. credit.*, XLII, 8, nous donne un exemple de cette acceptilation frauduleuse. Voici cette loi qui est de Venuleius : « Si fraudator « fidejussori suo scienti acceptum tulerit, si (et) reus « non ignoraverit, uterque tenebitur : si minus, is,

« qui scierit. Si tamen ille, cui acceptum factum est,
« solvendo non sit : videndum est, an in reum, etiam
« si ignoraverit, actio danda sit? quia ex donatione
« capit. Contra si reo sciente acceptum latum sit, fide-
« jussor quoque, si et ipse scierit, tenebitur : si vero
« ignoraverit, nunquid non æque actio in eum dari
« debeat, quoniam magis detrimentum non patitur,
« quam lucrum faciat? In duobus autem reis par
« utriusque causa est. »

Ce texte suppose que le *fraudator* a fait acceptilation à son fidéjusseur de mauvaise foi, et, si le débiteur a connu l'état des choses, le texte décide que tous deux seront tenus. Sinon, celui qui aura connu la mauvaise foi sera seul tenu. Cependant, si celui qui a fait acceptilation est insolvable, on devra examiner si l'action doit être donnée contre le *reus*, même de bonne foi, car il profite de la donation. Au contraire, si l'acceptilation a été faite au débiteur de mauvaise foi, et que le fidéjusseur soit également de mauvaise foi, tous deux seront tenus; si le fidéjusseur a été de bonne foi, on se demande s'il ne faut pas donner également l'action contre lui, car il souffre moins d'un préjudice qu'il ne fait un gain. Enfin, s'il y a deux *rei promittendi*, Venuleius déclare que leur situation est analogue, l'acceptilation ayant été frauduleuse à l'égard de l'un d'eux, l'action sera donnée contre les deux, parce que tous deux profitent de la remise.

§ 2. Absolution en justice obtenue par dol.

78. I. — Lorsque dans le cours d'une instance, le demandeur découvre que le défendeur s'est rendu envers lui coupable de dol, peut-il poursuivre son ad-

versaire par l'action *de dolo*? A cette question, la loi 25, *De dolo*, répond négativement, et voici l'exemple qu'elle donne :

Une instance a été engagée pour le paiement d'une somme d'argent; il y a eu *litiscontestatio*, et le défendeur, par des manœuvres frauduleuses, a persuadé au demandeur qu'il avait déjà payé la somme réclamée, soit à son mandataire, soit à son esclave. Le demandeur trompé a consenti à l'absolution du défendeur (Cf. loi 26, Dig., *De re judicata*, XLII, 1). Puis le demandeur découvre le dol du défendeur et le texte lui refuse l'action de dol, car il a une autre voie de recours. Il peut, en effet, *ex integro agere*, c'est-à-dire reprendre sa première action, et si le défendeur lui oppose l'exception *rei judicatæ*, il lui répondra par la *replicatio doli*.

Cette décision paraît très claire et ne soulèverait aucune difficulté si elle n'était en contradiction absolue avec la loi 20 du même titre *De dolo*, qui, dans une hypothèse analogue, accorde au contraire l'action de dol au demandeur trompé. Qu'on en juge plutôt. Voici l'hypothèse de la loi 20 :

Un héritier a attaqué un tiers par l'action *pro socio* comme ayant été l'associé du défunt, dont lui, le demandeur, est l'héritier. Or, le tiers défendeur, par des manœuvres frauduleuses, a persuadé à ce dernier qu'il n'y a pas eu société entre lui et le défunt. Le demandeur trompé a laissé absoudre le défendeur, et, plus tard, il découvre le dol. Julien lui donne alors l'action *de dolo*, et Paul l'approuve.

Avant la découverte à Vérone, en 1816, du manuscrit de Gaius, cette contradiction semblait inconciliable. On avait pourtant essayé des explications.

Les uns disaient que les hypothèses n'étaient pas les

mêmes. Dans la loi 20, le défendeur a été absous comme n'ayant jamais été associé ; on ne peut donc pas renouveler contre lui l'action *pro socio* qui, en vertu de la sentence, n'a jamais existé ; il devra donc avoir l'action *de dolo*. Au contraire, dans la loi 25, le défendeur a été absous comme ayant déjà payé, il a donc reconnu qu'il était débiteur et par conséquent on pourra reprendre la première action contre lui.

Cette explication était inexacte et insuffisante.

Inexacte : car bien que les deux hypothèses ne soient pas absolument les mêmes EN FAIT, c'est pourtant la même chose EN DROIT. En effet, il n'y a pas de différence juridique entre ne pas devoir ou avoir déjà payé.

Insuffisante : car elle ne rend pas compte de la possibilité de la reprise de l'action dans la loi 25. Aussi était-on forcé de dire que la sentence était conditionnelle, sous la condition tacite que le défendeur avait déjà payé. C'était inadmissible, car les sentences ne sont jamais conditionnelles (Cf. loi 207, Dig., *De reg. jur.*, L, 17).

Un autre système prétendait que ce qui fait l'autorité de la chose jugée, c'est le consentement du demandeur dans la loi 25 « *me consentiente* ». Or ce consentement ayant été vicié par le dol, le demandeur pourra reprendre son action. Cette circonstance, au contraire, ne se présente pas dans la loi 20.

Ce système ne peut pas non plus être admis, car les mots « *passus sim* » de la loi 20 indiquent le consentement du demandeur, comme dans la loi 25.

On soutenait enfin que la seule voie de recours offerte au demandeur trompé devait être l'action *de dolo*, mais on ajoutait que si le défendeur consentait à laisser recommencer le litige, le demandeur pou-

vait suivre cette seconde voie, ce qui était le cas de la loi 25.

Ceci ne valait encore rien, car le texte ne dit pas que ce soit une faculté pour le demandeur de reprendre son action, mais bien qu'il doit le faire.

La découverte du manuscrit de Gaius a fourni la lumière sur ce point.

La différence des deux décisions doit être expliquée uniquement par les effets de la *litiscontestatio*, suivant qu'elle opère *ipso jure* ou *per exceptionem* (Gaius, IV, §§ 106 et 107).

En effet, le premier texte, loi 20, avait en vue une hypothèse où les trois conditions (1) pour que la *litiscontestatio* opère *ipso jure* se trouvent réunies. Le texte parle en effet d'un défendeur attaqué par l'action *pro socio*, *personnelle* et *civile*, et le *judicium* était *legitimum*. Dans ces conditions, la *litiscontestatio* avait remplacé *ipso jure* la créance et l'action par le droit éventuel né de la *litiscontestatio*, lequel droit est remplacé ensuite par celui tiré de la sentence. Donc l'héritier du demandeur ne pouvait plus intenter l'action *pro socio* et sa seule ressource était dans l'action de dol.

Au contraire, la loi 25 suppose que la *litiscontestatio* n'opère que *per exceptionem*. Par exemple l'action du demandeur était *in factum*. Et alors l'action primitive n'ayant pas été éteinte *ipso jure*, le demandeur pouvait la reprendre.

Telle est, croyons-nous, la seule manière de concilier les deux textes de Paul. Il faut admettre que les deux décisions sont différentes et devaient l'être

(1) Il faut, en effet, que : l'action soit personnelle, — la formule *concepta in jus*, — et le *judicium legitimum*.

comme on vient de le voir, et cela ne prouve pas que l'action *de dolo* puisse concourir avec une autre action, ainsi qu'on a voulu le soutenir.

La seule objection qu'on puisse faire à cette explication, c'est que Justinien ne parle pas de tout cela dans les textes qu'il rapporte. On peut répondre qu'à l'époque de Justinien l'ancienne distinction des *judicia* avait disparu et la *litiscontestatio* n'opérait plus aucune extinction. La créance litigieuse continuait à subsister jusqu'à la sentence qui seule l'éteignait. A ce moment, c'est donc la loi 25 qui est la seule exacte et par conséquent l'action *de dolo* doit être refusée dans tous les cas. Nous en concluons que l'empereur n'aurait pas dû reproduire la loi 20, § 1, puisque c'est pour le demandeur un droit et un devoir de toujours suivre la voie indiquée par la loi 25.

79. II. Mais le dol commis dans la procédure peut être le fait d'un tiers. Qu'arrivera-t-il ? Le juge du procès, nous dit Gaïus (loi 39, *De dolo*), absoudra le tiers, mais ce dernier restera tenu de l'action de dol, et voici l'exemple qu'il donne :

« *Si te Titio obtuleris de ea re, quam non possi-
debas, in hoc ut alius usucapiat, et judicatum
solvi satisdederis : quamvis absolutus sis, de
dolo malo tamen teneberis : et ita Sabino
placet.* »

C'est l'hypothèse du *fictus possessor*.

Primus est propriétaire d'une chose, mais celle-ci est possédée par Secundus. Comme Primus veut la revendiquer, Tertius se prétend dolosivement propriétaire et possesseur de la chose. Il agit ainsi, dans le but de permettre à Secundus, véritable possesseur, de continuer et d'achever l'usucapion. En s'offrant au

procès comme possesseur, Tertius devra fournir la caution *judicatum solvi*. Le texte ajoute que ce Tertius a été absous par le juge de la revendication et déclare qu'il sera tenu quand même de l'action *de dolo*. Ceci suppose la fraude découverte.

Deux difficultés se présentent ici :

a) Comment l'action de dol est-elle possible, puisque le demandeur a déjà l'action *ex stipulatu* résultant de la caution *judicatum solvi* ; cette dernière, en effet, contenait une *cautio de dolo*.

A ceci nous répondrons que la caution *judicatum solvi* a été éteinte par la sentence d'absolution ; de plus, on peut dire que la *cautio* ne regarde que le dol au moment même où le demandeur stipule et le dol futur, mais ne garantit pas le dol antérieur.

Le demandeur n'ayant aucune autre voie de recours pourra intenter au tiers l'action *de dolo*.

b) Comment concevoir que le défendeur, Tertius dans l'espèce, a pu être absous par le juge de la revendication ?

On ne voit guère pour quelle raison l'absolution a pu être prononcée. En effet, Tertius eût pu être absous :

S'il eût été propriétaire véritable, ce qui n'est pas.

S'il eût rendu la possession à Primus, ce qu'on ne suppose pas non plus.

Ou bien parce qu'il ne possède pas en réalité. Mais ce motif ne vaut rien, car les textes décident que la revendication est possible contre le *fictus possessor* qui doit être condamné. (Cf. lois 13, § 13, et 45, Dig., *De hered. petit.*, V, 3, et lois 25 à 27, *De rei vindic.*, VI, 1).

Et pourtant il faut un motif pour que le texte déclare Tertius absous.

Cujas prétend (1) que, dans la loi 39, Gaius suppose que le juge a rendu une sentence vénale ou de complaisance. Selon lui le défendeur aurait été absous « *gratia aut sordibus judicis* ». Cette interprétation de Cujas n'est pas satisfaisante, car si on l'admettait, il faudrait être logique et dire que le juge serait passible d'une action *quasi ex delicto* qui exclurait l'action *de dolo*, sauf, bien entendu, insolvabilité du juge.

D'après M. Pellat (2), il n'est pas nécessaire de supposer qu'il y a eu faveur ou corruption du juge ; il est possible de trouver sans cela une explication à la loi 39. En principe, le *fictus possessor* doit bien être condamné, mais à la condition qu'il ait persisté dans son mensonge jusqu'à la *litiscontestatio*.

Or si l'on suppose que dans loi 39 le défendeur s'est rétracté avant la *litiscontestatio*, on comprend que le juge a dû l'absoudre. Et si ce dol de procédure a permis d'accomplir l'usucapion au détriment du demandeur, celui-ci n'aura plus que la ressource extrême de l'action de dol contre le coupable.

On peut ajouter que les lois 13, § 13, et 45, citées plus haut, montrent qu'il y a eu une controverse assez vive pour savoir si le *fictus possessor* devait être condamné ou absous. Les Proculiens admettaient la condamnation, les Sabinien l'absolution. Or il est possible qu'à l'époque de Gaius la question était encore controversée, et Gaius, Sabinien, admet l'absolution du *fictus possessor* : « *et ita Sabino placet* ». C'est une trace de la lutte entre les deux écoles et,

(1) *Cujacci Opera*. Vol. V, p. 154, et VII, p. 248.

(2) Pellat. Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété.

pour cette loi 39 comme pour la loi 20 du même titre, on peut dire que Justinien a eu tort de l'insérer aux *Pandectes*.

§ 3. *Dol en matière d'hérédité.*

80. Si le dol trouve à s'exercer dans les moindres détail de la vie juridique ou privée, on peut dire cependant que c'est surtout dans les difficultés que soulèvent les successions qu'il se présente le plus souvent. A Rome, comme de nos jours, les procès étaient fréquents en matière d'hérédité. Tantôt le dol avait pour effet de provoquer l'acceptation d'une mauvaise succession, ou d'en répudier une autre riche et solvable. — Tantôt il consistait à dissimuler frauduleusement des circonstances qui changeaient l'aspect de la succession. Tantôt c'était un dol de la part de l'héritier dans l'exécution du testament. Tantôt, enfin, c'était un dol antérieur qui réfléchissait sur les héritiers eux-mêmes. Véritable Protée, le dol revêt mille formes diverses, et les textes du Digeste révèlent les préoccupations constantes des jurisconsultes de concilier la répression de ce dol avec les règles multiples de la procédure romaine. — Nous essaierons d'étudier ici la question dans son ensemble en présentant d'abord les cas les plus généraux pour descendre ensuite aux hypothèses particulières prévues par les textes.

I. Successions en général.

Supposons d'abord, c'est le cas le plus général, qu'il s'agisse d'une hérédité insolvable. Un héritier externe a été déterminé par dol à faire adition. (Il faut distin-

guer ce cas du simple conseil et du mandat donné par les créanciers de faire adition; car alors ce mandat se retournait contre les créanciers mandants par l'action *mandati* (1), s'il y avait dans la succession plus de dettes que de biens.) Une fois l'adition faite, l'héritier s'aperçoit qu'elle est mauvaise. Quel sera son recours? Voici ce que dit sur ce point Furius Anthianus, jurisconsulte de la fin du III^e siècle: Loi 40, Dig., *De dolo*, IV, 3. « *Is, qui decepit aliquem, ut hereditatem*
« *non idoneam adiret, de dolo tenebitur: nisi*
« *fortasse ipse creditor erat, et solus erat; tunc*
« *enim sufficit contra eum doli mali exceptio.* »

Ce texte distingue deux cas :

1^o L'auteur du dol n'est pas créancier de la succession. L'héritier aura alors contre lui l'action *de dolo*. Ajoutons que, s'il est insolvable, l'héritier obtiendra la *Restitutio in integrum* contre l'adition. — Mais, en supposant solvable le coupable, on voit que l'héritier devra avoir contre lui l'action de dol, parce qu'il n'a ni action, ni exception contre les créanciers de la succession. On serait peut-être tenté de penser que ces derniers, par le seul fait de poursuivre l'héritier trompé par un tiers, commettent un dol et pourraient être repoussés par l'*exceptio doli*. Mais cette opinion doit être rejetée, car le texte ne donne aucune voie de recours contre les créanciers. — Et pourtant cette idée d'un dol consistant dans une poursuite injuste n'est pas étrangère aux jurisconsultes romains; seulement ils appliquent cette idée dans des cas particuliers.

Ainsi, il y a dol de la part du demandeur qui a sciemment poursuivi, connaissant une exception qui lui était personnellement opposable (Cf. loi 2, §§ 3 et

(1) Loi 32, *in fine*. Dig. *Mandati*, XVII, 1.

5, Dig., *De dol. et met. except.*, XLIV, 4, et loi 36, Dig., *De verb. oblig.*, XLV, 1). Dans notre espèce, au contraire, les créanciers de la succession sont supposés de bonne foi, et il faut appliquer la règle : « Le dol d'autrui ne nuit pas aux tiers de bonne foi (1). »

De même, il y a des personnes à qui le dol d'autrui est opposable par voie d'exception. Ce sont les héritiers et les successeurs universels de l'auteur du dol, les ayants-cause à titre gratuit particuliers, le mandant, le pupille et les personnes en curatelle. Cette liste ne comprend pas les créanciers de la succession.

2° Le deuxième cas prévu par notre texte est celui où l'auteur du dol est créancier de la succession et *seul* créancier. Le texte alors refuse à l'héritier l'action *de dolo*, parce qu'il peut se défendre par l'exception de dol contre le créancier qui l'a trompé. Et si l'héritier avait payé le créancier coupable avant d'avoir découvert le dol, il aurait le droit de répéter ce qu'il aurait versé, par la *condictio indebiti*.

Enfin, il est un cas non prévu par le texte, mais que la simple application des principes permet de résoudre. C'est le cas où l'auteur du dol est créancier de la succession, mais non pas unique créancier ; il y a avec lui d'autres créanciers.

Dans ce cas, l'héritier aura, comme dans le cas précédent, l'*exceptio doli* contre le créancier, auteur du dol, mais cette exception ne sera pas opposable aux autres. L'héritier devra donc payer ces derniers, et, pour ce fait, il aura un recours par l'action *de dolo* contre le créancier coupable ; si celui-ci est insolva-

(1) Cette règle n'est écrite nulle part, mais nous croyons qu'on peut la tirer de ce brocard bien connu : *Res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest*.

ble, la victime obtiendra la *Restitutio in integrum*.

— Enfin, l'héritier pourra intenter l'action *de dolo* avant d'avoir payé; et, dans ce cas, le juge prescrira à l'auteur du dol d'avoir à fournir des garanties pour éviter une condamnation.

81. Au lieu d'une acceptation, imaginons l'hypothèse inverse, c'est-à-dire supposons un héritier appelé à une succession auquel un tiers persuade, par dol, que la succession n'est pas solvable. Et l'héritier ainsi trompé répudie la succession. Quel sera son recours? Il n'en a aucun. En effet, il n'y a pas lieu à l'action de la loi *Aquilia*, parce qu'il n'y a pas *corpus læsum*, — ni à l'action *ex testamento*, car cette action n'est pas donnée à l'héritier, mais bien contre lui. Aucune exception n'est possible non plus, parce que la répudiation est un acte qui ne peut donner lieu à aucune action contre l'héritier. — Par conséquent, puisqu'aucun recours n'est possible, l'héritier pourra intenter l'action *de dolo*, à condition bien entendu que le dol ait été le motif de la répudiation (loi 9, § 1, *De dolo*).

Si, au contraire, le tiers, auteur du dol, au lieu d'exciter à la répudiation, propose de lui acheter son hérité en lui persuadant qu'elle est d'une valeur moindre que la réalité, la solution change, et l'action *de dolo* ne sera pas possible contre l'acheteur coupable. C'est qu'ici l'action *venditi* est possible et exclut l'action de dol (loi 9, Pr., *De dolo*). On peut voir une décision analogue dans la loi 42, Dig., *Mandati*, XVII, 1.

Enfin, au lieu de s'exercer sur toute l'hérédité, le dol peut se manifester seulement en trompant l'héritier dans son choix. Nous voulons parler du *legs d'option*,

c'est-à-dire ayant pour objet la faculté de choisir entre plusieurs objets. — Rappelons brièvement que c'était là un legs *per vindicationem* (1) qui donnait au légataire les droits suivants :

Droit de faire exhiber tous les objets similaires de la succession ;

Droit de choisir la chose la meilleure : choix pouvant être exercé soit à l'amiable, soit par la revendication qui détermine alors la chose choisie.

Ceci dit, supposons que le choix du légataire s'est porté sur un esclave proposé comme le meilleur par le dol de l'héritier. Il y aura lieu alors à l'action *de dolo*, car il n'y en a pas d'autres possibles. En effet, la revendication est déjà éteinte, de même que l'action *ex testamento*, le legs se trouvant exécuté par l'option.

Cependant cette dernière action *ex testamento* serait possible dans le cas des lois 4 et 5, Dig., *De optione*, XXXIII, 5. C'est le cas où tous les objets similaires n'auraient pas été exhibés au légataire. Celui-ci serait alors censé n'avoir pas obtenu encore l'exécution de son legs, et l'action *de dolo* serait refusée.

Au contraire, si tous les objets ont été exhibés au légataire, le choix fait est irrévocable, et il ne peut revenir à l'action du testament. Sa seule ressource sera donc l'action de dol. C'est ce que nous dit la loi 20, *De optione*, XXXIII, 5.

2. Détournement de testament.

82. Un père a exhérédié (2) son fils sans motif. Son testament est susceptible d'être attaqué par la

(1) Ulpien. XXIV, § 14.-- Accarias. Tome I, p. 989.

(2) Et non pas « omis », car alors le testament serait nul de plein droit.

querela, et l'héritier institué, ou tout autre intéressé craignant la plainte d'inefficacité, a caché frauduleusement le testament pendant un certain temps afin que l'intéressé, le fils, ne puisse l'attaquer dans le délai légal, cinq ans. — Dans ces conditions, le fils exhéredé meurt, et l'héritier institué produit le testament. Les héritiers du fils exhéredé auront-ils une action, et laquelle ?

D'après la loi 9, § 2, *De dolo*, ces héritiers pourront intenter l'action de dol contre le coupable, et, en outre, ils pourront le poursuivre au criminel.

Tout d'abord, pour qu'on leur accorde l'action de dol, il faut qu'aucune autre action ne soit possible. — Sans doute, la *querela* s'est éteinte avec leur auteur, mais n'y aurait-il pas d'autres voies de recours ? Le doute pourrait, en effet, porter sur trois actions :

1° L'interdit de *tabulis exhibendis*, « par lequel les personnes intéressées demandent qu'un testament ou autre acte de dernière volonté leur soit exhibé en présence du magistrat (1). » Loi 1, Pr., §§ 1 à 5, *De tab. exhib.*, XLIII, 5. — Cet interdit appartient à l'héritier, mais on ne peut l'invoquer ici, car il implique que le testament est encore caché, ce qui n'est plus dans notre cas.

2° On pourrait croire que l'action *furti* est possible. Mais non, car on n'a pas caché le testament pour le soustraire, et, de plus, il n'y a pas *furtum* pour les héritiers, tant qu'ils n'ont pas eu la possession des valeurs de la succession.

3° Enfin, la *Restitutio in integrum* serait-elle possible ? Un texte semble le laisser croire. C'est la loi 86, Dig., *De acquir. vel. omitt. hered.*, XXIX, 2. — Ce

(1) Accarias. Droit romain, t. II, p. 1342.

texte accorde la *Restitutio in integrum* aux héritiers d'un citoyen, Pannonius Avitus, institué héritier à Rome. Cet Avitus avait ignoré son institution parce qu'il était intendant des finances impériales en Cilicie, et il était mort sans avoir pu faire adition, ni ratifier la *bonorum possessio*, que son mandataire avait demandée pour lui à Rome.

Cette loi 86 présente un cas très voisin du nôtre. Dans les deux hypothèses, en effet, l'institué meurt sans avoir eu connaissance de son droit, et le préjudice est le même pour les héritiers qui voient la succession leur échapper. Or, si la loi 86 déclare la *restitutio* possible en faveur des héritiers d'Avitus, il faut l'accorder aussi aux héritiers de notre texte.

Malgré l'avis de certains interprètes qui ont adopté cette dernière conclusion, nous croyons que la *Restitutio in integrum* n'est pas possible dans l'hypothèse que nous avons posée. Et cela pour plusieurs raisons.

D'abord, en admettant la possibilité de la *restitutio*, on supposerait non exacte la loi 9, § 2, *De dolo*. — Puis nous verrons que, lorsqu'il s'agit de majeurs, l'actio *de dolo* exclut la *Restitutio in integrum*, au moins en règle générale. De plus, dans le cas de la loi 86, il n'y a aucun dol supposé. Enfin, la décision de cette dernière loi n'est pas exacte, elle n'est donnée que « *humanitatis gratiâ* », car, en droit, la *restitutio* devrait être refusée. En effet, les héritiers du procurator Avitus ne pouvaient invoquer la *restitutio*, — ni du chef du défunt : ce dernier étant mort dans le délai utile pour faire adition, et n'ayant subi aucune lésion ; — ni de leur chef personnel, car ils n'avaient personnellement aucun droit acquis à la succession, tant que leur auteur n'avait pas fait adition.

C'est donc l'action *de dolo* qui sera seule possible au point de vue des intérêts privés.

Mais, parallèlement à l'action de dol, il y a lieu à une poursuite au criminel en vertu de la loi Cornelia, *De falsis*, et cette poursuite se cumulera avec l'action *de dolo*.

Enfin la décision de la loi 9, § 2, *De dolo*, très exacte pour l'époque antérieure à Justinien, doit être modifiée, pour cette époque même, dans l'hypothèse où le fils exhéredé, qui est mort sans avoir pu attaquer le testament, laisse des enfants ou descendants. Cette modification est commandée par la constitution 36, § 2, au Code, *De inoff. testament.*, III, 28.

Justinien a introduit un régime nouveau au sujet de la transmissibilité de la *querela*. Il décide que si le légitimaire meurt sans avoir attaqué lui-même le testament qui l'exhère, et s'il meurt pendant que l'héritier institué délibère encore sur le parti à prendre, il transmet à ses enfants et autres descendants le droit d'intenter la *querela* à sa place. Ce n'est pas à tous ses héritiers indistinctement qu'il transmet ce droit, mais seulement à ses descendants. Par conséquent, dans l'hypothèse de cette constitution, qui est bien celle de notre texte, les descendants du fils exhéredé, succédant au droit à la *querela*, ne subissent aucun préjudice et n'ont plus besoin de l'action *de dolo*.

Telle est la modification de Justinien. Ajoutons que si au contraire, le fils exhéredé laisse des héritiers autres que des descendants, la loi 9, § 2, *De dolo*, reprend son empire même sous Justinien, et l'action de dol sera possible, puisque les héritiers ne succèdent pas à la *querela*.

83. La loi 35, § III, *De dolo*, prévoit un cas particulier de dol en cette matière. Un testateur a déposé son testament entre les mains d'un tiers qui l'a détruit.

Cette fraude peut avoir été commise à trois époques différentes :

1° *Du vivant du testateur.* — Dans ce cas, il n'y a pas lieu à l'action *de dolo*, car le testateur aura l'action *depositi*. De même il ne pourra pas intenter l'action de la loi Aquilia, car il n'y a pas eu de *damnum pecuniaire* pour lui.

2° *Après l'adition d'hérédité.* — L'héritier a les mêmes actions que le défunt et, de plus, il a l'action de la loi Aquilia (Cf. lois 41 et 42, Dig., IX, 2).

3° *Après le décès, mais avant l'adition d'hérédité.* — Ici l'héritier n'a pas droit aux actions précédentes et il pourra intenter l'action *de dolo* de même que les légataires.

Nous arrivons ainsi à cette remarque, à savoir que l'action de dol est accordée à la partie lésée sans distinguer si c'est contre elle ou contre une autre personne que le dol a été dirigé. C'est ce qu'on voit décidé également pour l'exception de dol dans la loi 2, § 2, XLIV, 4.

3. Hypothèse de la loi Falcidie.

84. On sait qu'en l'an de Rome 714 (1), une loi Falcidie décida que l'ensemble des legs ne devrait pas dépasser les trois quarts de l'hérédité, sinon il y aurait lieu à une réduction proportionnelle, de telle sorte que l'institué retint toujours un quart de l'hérédité. C'est ce quart qu'on appelle quarte Falcidie (Gaius, II, §§ 225 à 227).

(1) Accarias. I, p. 1021.

Or il pouvait arriver qu'un héritier institué, grevé de legs, ignorât la consistance exacte de l'hérédité, de telle sorte que la quarte se trouvât entamée. Dans ces circonstances, il était de l'intérêt des légataires de pousser l'héritier à accepter l'hérédité en le laissant dans son ignorance, ou même en lui persuadant par dol que la succession contenait de quoi acquitter les legs. Ainsi trompé, l'héritier fait adition, acquitte les legs en entier, puis, plus tard, s'aperçoit que sa quarte se trouve entamée. Quel sera son recours ? Pourra-t-il répéter ce qu'il a payé ?

Sur ce point, il y a contradiction entre les textes du Digeste et du Code. La loi 23, *De dolo*, accorde à l'héritier trompé l'action de dol. Mais la constitution 7, au Code, *De condict. indebit.*, IV, 5, donne la *condictio indebiti* quand l'héritier a payé sur une erreur de fait, et lui refuse, au contraire, toute répétition s'il s'agit d'une erreur de droit.

Comment expliquer cette contradiction ?

On dit que l'action *de dolo* devait être restreinte au seul cas où la quarte était entamée par un legs *per damnationem*, parce qu'alors l'héritier n'avait pas la *condictio indebiti* ; il pouvait en effet intenter l'action *ex testamento*, car cette action est une des six actions qui croissent au double *ex infitiatione* et dans lesquelles la *condictio indebiti* n'est pas admise (1). Donc, dans le cas de legs *per damnationem*, l'héritier n'aura pour seule ressource que l'action de dol, tandis que s'il s'agit d'autres legs, il aura la *condictio indebiti* si le legs a été payé par erreur non provoquée par dol.

Cette conciliation est possible, mais ne suffit pas,

(1) Accarias. II, p. 1117, sqq.

car la décision de Gaius, dans la loi 23, *De dolo*, s'applique à toute espèce de legs.

Voici, selon nous, l'explication. L'erreur de l'héritier n'est pas absolument spontanée, caractère que suppose surtout la *condictio indebiti*. L'héritier a été plutôt déterminé par les manœuvres du légataire, c'est donc le cas de l'action *de dolo*. En outre il est probable que l'institué, éprouvant des doutes, n'a payé les legs qu'en faisant des réserves : par exemple, en convenant que le légataire lui restituerait ce qu'il paierait en trop. C'est un *negotium* « *Facio ut des* » ; donc l'héritier devrait avoir l'action *præscriptis verbis*. Mais l'on sait que les Sabinieniens n'admettaient pas cette dernière action et accordaient l'action *de dolo* en cas de mauvaise foi et une action *in factum* dans les autres cas. Or, Gaius est Sabinien, et cette décision de la loi 23 est une trace de la dissidence entre Proculieniens et Sabinieniens.

4. Exécution d'un testament.

85. Si l'héritier est souvent la victime du dol des légataires, il peut, lui aussi, se rendre coupable de faits dolosifs dans l'exécution du testament. Quel sera le recours des autres cohéritiers ou des légataires ?

Supposons qu'un héritier a été institué sous condition de remettre l'hérédité à un tiers, et il se trouve que cet héritier institué est aussi héritier *ab intestat*. Or il répudie l'hérédité afin de n'avoir rien à payer en héritant *ab intestat*. Il y a là évidemment une fraude, un dol de la part de l'héritier, mais, comme le testament ne contenait qu'une condition et non pas de legs, c'est-à-dire pas de disposition, le préteur ne

viendra pas au secours de l'intéressé, qui n'aura aucun recours (Cf. loi 8, Dig., *Si quis omissa causa testam.*, XXIX, 4).

Au contraire, s'il s'agit d'une disposition, les intéressés auront un recours. Aussi la loi 69, § 2, Dig., *De legatis*, XXX, suppose qu'un testateur a chargé un de ses héritiers de payer une de ses dettes. Ceci est une disposition et le texte dit que cette disposition vaut comme fidéicommis tacite au profit des autres héritiers. Ceux-ci auront donc le moyen de poursuivre leur co-héritier par une *persecutio extraordinaria* devant le préteur fidéicommissaire.

Tels sont les principes, et pourtant, dans la loi 32, *De dolo*, Scævola semble en contradiction avec eux en refusant aux héritiers l'action *ex fideicommisso*. Voici l'espèce :

Un père laisse plusieurs enfants pour héritiers ; à l'un d'eux il a légué un esclave *per præceptionem*, et ce legs est grevé d'un fidéicommis de liberté en faveur de l'esclave, avec cette restriction que l'affranchissement n'aura lieu qu'après un certain délai et après que l'esclave aura rendu ses comptes, soit sur le pécule, soit sur la maison du maître. Le texte suppose que l'héritier a affranchi l'esclave, mais sans tenir compte de la restriction du testateur. Il y a donc dol dans l'exécution du testament. Malgré cela, les autres héritiers ne pourront agir *ex fideicommisso* contre leur frère, parce qu'en somme celui-ci a exécuté le fidéicommis en affranchissant l'esclave et parce que la reddition des comptes de l'esclave n'était qu'une condition et non pas une disposition. Il n'y a donc pas contradiction avec la loi 69, *De legatis*, citée plus haut, qui elle, au contraire, présente un cas de disposition.

Ajoutons que dans notre loi 32, *De dolo*, la ressource des héritiers sera dans l'action *de dolo* s'il y a eu fraude, ou sinon dans l'action *in factum* (Cf. loi 14, Pr., Dig., *De præscrip. verb.*, XIX, 5).

TITRE II

DOL DANS L'EXÉCUTION D'UNE OBLIGATION

CHAPITRE PREMIER

Dol émanant de l'une des parties.

SECTION I. — CONTRATS DE DROIT STRICT.

86. Le contrat s'est formé, nous le supposons désormais, en dehors de toute manœuvre dolosive ; mais le dol est intervenu dans l'exécution d'une obligation née du contrat. Ainsi un débiteur sur stipulation a promis un fonds et l'a livré après l'avoir dégradé ou après l'avoir grevé d'une servitude pré-diale, et cela avant d'en faire la tradition ; ou bien on a stipulé un esclave et le débiteur l'a livré après lui avoir fait prendre du poison. Nous sommes ici en présence de faits de dol commis dans l'exécution même du contrat.

Dans cette situation, si l'on recherche comment est protégée la victime du dol, on voit qu'elle peut avoir à sa disposition l'action du contrat et l'action *de dolo*, et en outre, s'il a été fait une *cautio de dolo*, l'action *ex stipulatu* née de cette *cautio*. Labéon, dans la loi 7, § 3, Dig., *De dolo*, accorde l'action de dol, sans

distinction, que la *cautio de dolo* ait été insérée ou non. Cette décision paraît difficile à expliquer, car l'existence de l'action *ex stipulatu*, née de la *cautio*, ou l'existence de l'action du contrat devrait exclure l'action de dol d'après les principes.

Pour étudier cette difficulté, il faut distinguer deux cas.

87. Premier cas : *Aucune « cautio de dolo » n'est intervenue.*

Dans ce cas, c'est l'action *de dolo* que Labéon donne au créancier, et ici Ulpien est d'accord avec lui.

Cette décision semble encore surprenante. On peut croire, en effet, que le créancier devrait avoir l'action de son contrat. Pourquoi donc lui accorder l'action de dol qui suppose qu'aucune autre action n'est possible ?

La décision de Labéon et d'Ulpien est exacte, et voici la réponse à l'objection précédente : « Dans les contrats de *droit strict*, le débiteur n'est pas tenu de plein droit, par l'action même du contrat, de toute espèce de faits dolosifs. D'abord, il ne répond pas de son dol négatif. Quant au dol positif, il n'en répond pas toujours, pour ce motif que l'interprétation dans les contrats de droit strict doit être, elle aussi, stricte et littérale « *strictissima interpretatio* ».

Ceci dit, il faut distinguer deux classes de faits de dol positif.

a) La première classe comprend les faits qui donnent lieu de plein droit à l'action même du contrat contre le débiteur et contre ses héritiers. Ce sont les faits dolosifs par lesquels le débiteur s'est mis dans l'impossibilité absolue d'exécuter sa *datio*. Par exemple, s'il a détruit l'objet. Ce sont aussi les faits par lesquels le débiteur s'est mis dans

l'impossibilité de livrer à son créancier un droit aussi plein que celui sur lequel ce dernier doit compter d'après la lettre même du contrat. Par exemple, le débiteur livre l'esclave ou le fonds après les avoir grevés d'une hypothèque ou d'un usufruit, ou d'une autre servitude personnelle. Dans ces différents cas, le débiteur n'exécute pas son contrat et le créancier pourra intenter contre lui l'action de ce contrat. (Loi 30, Dig., *De solut.*, XLVI, 3).

En résumé, le créancier a l'action du contrat toutes les fois que le débiteur livre une chose qui ne lui appartient pas, ou une chose grevée d'un dol réel *autre qu'une servitude prédi ale*, et naturellement, dans ces cas, il n'a pas l'action *de dolo*.

b) La seconde classe comprend les faits de dol positifs qui ne donnent pas lieu à l'action du contrat contre le débiteur. Ce sont les faits qui n'empêchent pas le débiteur d'exécuter son contrat à la lettre. Par exemple, avant de livrer le fonds, le débiteur lui a fait subir des dégradations matérielles. C'est là un fait coupable, un fait dolosif, mais malgré lequel la lettre du contrat, c'est-à-dire la livraison du fonds, pourra être exécutée. Et comme les *verba* dominant ici, le créancier ne peut se plaindre. Il n'aura alors à son service que l'action *de dolo*.

Reste le cas le plus difficile à expliquer.

C'est celui où le débiteur livre le fonds après l'avoir grevé d'une servitude prédi ale. Il semble qu'alors il devrait en être de même que plus haut, quand la chose est livrée grevée d'une servitude personnelle. Et cependant cela n'est pas. Le créancier aura ici l'action *de dolo* et non pas, comme tout à l'heure, l'action du contrat.

Comment expliquer cette différence ?

Elle tient aux idées que les Romains avaient des servitudes prédiales. Ils les considéraient non pas comme des droits réels distincts, démembrant la propriété du fonds, mais bien des qualités du fonds (loi 86, Dig., *De verb. signific.*, L, 16), qualités défectueuses pour les fonds servants et bonnes pour les fonds dominants. De là il faut conclure que le débiteur, en établissant une servitude prédale sur un fonds, ne l'a pas démembré. Il est censé livrer le fonds moins bon seulement. La lettre du contrat se trouve exécutée et voilà pourquoi le créancier ne pourra intenter l'action du contrat.

En ce qui concerne les servitudes, il est une autre décision qu'il faut rapprocher de celle-ci. Les textes décident que si une servitude passive vient à se révéler sur un fonds vendu, le vendeur n'est pas tenu de la garantie d'éviction, à moins toutefois qu'il n'ait vendu le fonds expressément libre de servitude « *ut optimus maximusque* ». Il en est tout autrement s'il s'agit d'une servitude personnelle. C'est toujours le même motif. La servitude prédale n'est qu'une qualité (Cf. loi 75, Dig., *De evict.*, XXI, 2).

Enfin il reste à rapprocher la décision de Labéon d'un texte de Julien, loi 33, § 1, *De solut.*, XLVI, 3. On y décide que si un débiteur doit un esclave et qu'il offre au créancier cet esclave blessé, celui-ci a le droit de refuser. C'est exact, mais n'y a-t-il pas là contradiction avec la décision d'Ulpien et de Labéon dans la loi 7, § 3, *De dolo* ? Non. Ce dernier texte suppose en effet que le créancier a déjà reçu tradition ignorant les faits dolosifs et il n'a pas l'action du contrat. Tandis que Julien suppose que l'esclave est seulement *offert* au créancier qui alors a le droit de refuser. Cela s'explique par cette idée que, dans les contrats même

stricti juris, quand les choses sont encore entières, le dol peut toujours être opposé au débiteur.

Nous dirons donc que, dans l'hypothèse imaginée par Julien, le créancier aura toujours le droit de refuser les choses qu'on lui offre ; mais s'il accepte, il il n'aura pas l'action du contrat contre son débiteur, il ne lui restera que l'action de dol.

§§. Deuxième cas : *Le créancier a fait une « cautio de dolo ».*

Nous venons de voir que l'action du contrat n'est pas toujours suffisante à protéger les parties. Supposons maintenant que la *cautio de dolo* soit intervenue. Empêchera-t-elle toujours l'exercice de l'action de dol ?

Cette stipulation interviendra ordinairement au moment même du contrat principal ; mais souvent aussi la stipulation de dol n'aura lieu qu'au moment de l'exécution du contrat ou de la livraison de l'objet. Or c'est cette dernière hypothèse que Labéon a eu en vue, et il trouve douteux qu'alors le créancier puisse avoir la *condictio*. Cette idée tient à ce que Labéon interprétait *strictement* la formule stipulatoire. Voici cette formule. Le créancier interroge son débiteur : « *Spondes ne dolum malum abesse abfuturum-que ?* » et le débiteur répondait « *Spondeo* ». C'était la formule consacrée. Mais elle était rédigée, comme on le voit, au futur et au présent, et ne parlait pas du passé, ce qui se comprend assez. Or, par là même, cette formule se trouvait insuffisante quand le créancier y recourait au moment même de la livraison de l'objet. Ainsi s'explique le doute de Labéon. Il se demande si le créancier pouvait invoquer la *condictio* à raison du dol *passé*, car, dans les contrats de droit

strict, l'intention des parties ne peut être déduite que des *verba*.

Ce doute de Labéon fut probablement partagé par d'autres jurisconsultes.

Sur ce premier point, Ulpien repousse la décision de Labéon et son doute, et il accorde la *condictio* au créancier. Pourquoi ? Pour une raison analogue à celle que nous avons déjà indiquée dans le cours de cette étude. Ulpien considère que le dol du débiteur se reproduit au moment même de l'exécution. Ainsi, en livrant le fonds dégradé, ou l'esclave empoisonné, le débiteur renouvelle le dol commis.

On peut conclure de là que la *cautio de dolo*, ainsi interprétée par Ulpien, suffisait *en général* au créancier, malgré ses termes restreints au présent et au futur.

Nous disons « *en général* », car il y a un cas où il n'en serait pas ainsi et où la *cautio de dolo* risquerait de n'être pas suffisante. C'est le cas où le débiteur, après avoir dégradé l'objet dû, aurait fait la promesse *de dolo* et serait mort sans avoir eu le temps de faire lui-même la livraison. Dans ce cas, en effet, si l'héritier fait la livraison de bonne foi, le créancier ne pourra avoir la *condictio* contre lui. D'un côté, pas de dol de la part de l'héritier, ni, de l'autre, de la part du débiteur défunt. Et alors, situation bizarre, le créancier n'aura ni l'action du contrat, ni l'action *de dolo*, ni enfin la *condictio*. Tandis que si les termes de la formule avaient compris le dol passé, les héritiers eussent été tenus. Voilà donc un cas où la *cautio de dolo* restera inefficace pour le créancier.

SECTION II. — DES CONTRATS DE BONNE FOI.

89. Nous continuons l'hypothèse qui précède, et nous supposons les mêmes faits dolosifs, mais commis à l'occasion d'un contrat de bonne foi. C'est encore Labéon, dans le même texte (loi 7, § 3, *De dolo*), qui va nous donner une solution. Ce jurisconsulte donne encore ici l'action *de dolo*, et il trouve douteux que le vendeur puisse être tenu de l'action *ex empto*. Or, ce doute de Labéon paraît de plus en plus surprenant, car, dans les contrats de bonne foi, l'action du contrat atteint toute espèce de dol, et il s'ensuit que la partie trompée ne doit jamais avoir l'action de dol, puisqu'elle est suffisamment protégée par l'action de son contrat.

Labéon pense que l'acheteur, en recevant le fonds ou l'esclave, l'a agréé, c'est-à-dire a consenti à recevoir ce fonds ou cet esclave comme exécution de l'obligation du vendeur, de telle sorte que son action *ex empto* s'est trouvée éteinte et qu'il n'a plus que l'action *de dolo*.

Ulpien reprend ceci avec raison : car la réception de la chose par l'acheteur a éteint seulement l'obligation de livrer, mais n'a pas éteint l'obligation de « *pur-gari dolo malo*. »

Remarquons que le texte suppose qu'un contrat de bonne foi peut être accompagné de la *cautio de dolo*. Sans doute, cette *cautio* est bien moins nécessaire dans les contrats de bonne foi que dans les contrats de droit strict. Cependant, même jointe à un contrat de bonne foi, elle a les avantages suivants :

1° Elle donne lieu à une créance verbale qui peut

être garantie par un *sponsor* ou un *fidepromissor*.

2^e Elle est accompagnée d'une clause pénale qui fixe d'avance les dommages-intérêts.

Cette loi 7, § 3, fait allusion à certains cas où il y aurait doute sur l'existence d'une autre action, et, dans ce doute, dit Ulpien, on devra donner l'action *de dolo*. Ces cas ne sont-ils que théoriques?

On, trouve au titre *De præscriptis verbis*, des cas importants où il y a doute sur l'existence d'une autre action. Par exemple, la loi 15, Dig., *De præscr. verb.*, XIX, 5, nous en cite un cas. Cette hypothèse rentre dans la catégorie des *negotia facio ut des*. Il y avait à Rome des chercheurs d'esclaves en fuite et qui les dénonçaient. Le texte suppose qu'un de ces individus a promis de découvrir un esclave, et il est convenu que, s'il y réussit, le maître devra lui payer une certaine somme. Or, il arrive que, par dol, le maître refuse de payer. Que décider?

Le fait qui donne lieu à ce contrat n'a rien de juridique. Ulpien accordait l'action *præscriptis verbis*, parce qu'il voyait là un *civile negotium* donnant naissance à une *civilis actio*. Mais tous les juriconsultes n'étaient pas d'accord avec Ulpien. Les uns, en admettant l'action *præscriptis verbis*, la refusaient dans les *negotia facio ut des*. Ils ne croyaient pas qu'un simple fait pût servir de *causa civilis* à un contrat. Par exemple, Paul, loi 5, § 3, Dig., *De præscr. verb.*, XIX, 5, et cette opinion de Paul devait être l'opinion dominante. On peut donc croire que les juriconsultes, tout en admettant qu'il y ait eu convention synallagmatique et de bonne foi, et ne voulant pas donner une action contractuelle, donnaient l'action *de dolo*.

SECTION III. — HYPOTHÈSES PARTICULIÈRES.

90. Examinons avec les textes quelques hypothèses particulières de dol dans l'exécution d'une obligation.

A. DÉBITEUR ACCESSOIRE.

Lorsque l'objet d'un contrat vient à périr par le dol d'un débiteur accessoire, quel est le droit du créancier : 1° à l'égard du débiteur principal ? 2° à l'égard du fidéjusseur auteur du *damnum* ?

La loi 19, § 5, Dig., *De do'o*, IV, 3, qui soulève les questions précédentes, pose l'hypothèse que voici : Un individu est débiteur d'un corps certain, et, avant toute mise en demeure, l'objet dû vient à périr. Or, on suppose que l'auteur de cette perte, de ce *damnum*, est précisément le fidéjusseur qui a cautionné le débiteur. Cette loi est de Papinien qui y rapporte l'opinion de deux jurisconsultes, l'un Proculéen (Neratius), et l'autre Sabinien (Julianus).

Le texte contient trois décisions :

1° Le débiteur principal est libéré, probablement parce qu'il y a là cas fortuit pour lui ;

2° Le fidéjusseur est aussi libéré, *en tant que fidéjusseur* ;

3° Le créancier, qui perd ainsi la *condictio* contre le débiteur et contre le fidéjusseur, aura contre ce dernier l'action prétorienne *de dolo*, comme contre un tiers quelconque qui aurait causé le dommage.

Ainsi le créancier n'est pas désarmé, mais il n'a pas l'action de son contrat, ni celle de la loi Aquilia, parce qu'il n'est que créancier, et le premier et le troisième chefs supposent toujours un droit réel sur la chose.

Or, ces trois décisions du texte sont-elles satisfaisantes? La première et la troisième nous semblent exactes et équitables; mais que dire de la seconde?

Le fidéjusseur doit-il être libéré par son propre dol? La question se pose en droit, non pas au point de vue de l'équité, mais parce qu'il est de principe qu'un débiteur ne peut se libérer par son dol. En effet, si le dol avait été commis par le débiteur principal, ce dol nuirait au fidéjusseur (Cf., loi 58, § 1, Dig., XLVI, 1). De même, dans le cas de débiteurs corréaux principaux, le dol de l'un nuit à l'autre.

Or, pourquoi Nératius et Julien admettent-ils que le dol du fidéjusseur ne lui nuit pas à lui-même au point de vue du contrat? La seule explication de cette opinion doit être cherchée dans le caractère de la *fidejussio*. Nératius et Julien disaient : « L'accessoire ne peut pas survivre au principal; or, le débiteur principal se trouvant libéré, le fidéjusseur doit l'être. »

Cette théorie a été très longtemps admise, mais elle dut être mise de côté quand on fit fléchir les principes devant une raison supérieure tirée de l'équité. Un premier pas en avant eut pour point de départ le caractère arbitraire de l'action *de dolo*. Très probablement, en effet, certains jurisconsultes se dirent : « L'action *de dolo* étant arbitraire, le juge, par son *arbitrium*, devra prescrire au fidéjusseur de se replacer dans les liens de l'obligation qu'il a éteinte par son dol. Or, ne serait-il pas plus simple d'accorder de suite au créancier ce qu'il obtiendrait si le *jussus judicis* était accompli? On lui donnera donc la *condictio*, mais ce sera une *action utile*. » C'est ainsi que décidèrent Africain et plus tard Marcien. Cf. loi 32, § 5. Dig., XXII, 1, et loi 38, § 4, Dig., XLVI, 3.

Plus tard, Pomponius et Paul vont plus loin et don-

nent au créancier l'action du contrat, sans ajouter le mot « *utilis* ». Ils appliquent la règle « qu'un débiteur ne peut pas se libérer par son dol ». Cf. lois 88 et 91, § 4, Dig., XLVI, 1. Et Papinien donne la même décision dans la loi 95, § 1. Dig., XLVI, 3. Mais alors on peut se demander comment il se fait que Papinien, qui donne l'action du contrat dans cette loi 95, soit également l'auteur de la loi 19 citée plus haut et qui refuse cette même action ? Il faut dire que, dans cette loi 19, Papinien rapporte l'opinion de Neratius et de Julien, et non pas la sienne, qui est différente.

En somme, l'opinion qui a prévalu est justement l'inverse de celle admise dès le début. La question a donc traversé trois phases successives :

- 1^o Action prétorienne *de dolo* contre le fidéjusseur ;
- 2^o Action *ex stipulatu utilis* contre le fidéjusseur ;
- 3^o Action *ex stipulatu directa* contre le fidéjusseur.

Pour être tout à fait complet, il faut ajouter une quatrième phase. C'est celle correspondant à l'époque qui a précédé la création de l'action de dol. Nous savons que cette action date seulement de Cicéron. Donc, avant cette époque, le créancier n'avait à sa disposition aucune action de droit commun. Sa seule ressource était cette convention qu'on appelle la *cautio de dolo* ou *clausula doli*. Elle consistait dans une stipulation spéciale au contrat. Le créancier avait alors une action *ex stipulatu*, mais qui ne résultait pas du contrat.

Nous concluons, de là, que l'action *de dolo* avait été elle-même un premier et un grand progrès, en comblant une lacune et en supprimant une injustice ; mais elle était elle-même insuffisante et demandait de nouveaux progrès, comme nous l'avons vu.

Enfin, si le fidéjusseur, dans notre hypothèse du début, avait commis le *damnum* après la mise en demeure du débiteur, les difficultés disparaissent, l'obligation principale est perpétuée de plein droit, et, par conséquent, l'obligation du fidéjusseur persiste tout naturellement.

De tout ce qui précède, on peut tirer les trois règles suivantes :

1^o Le dol d'un débiteur principal nuit toujours au fidéjusseur ;

2^o Le dol d'un débiteur principal corréal nuit aux autres débiteurs corréaux ;

3^o Le dol d'un débiteur accessoire lui nuit, mais ne nuit pas au débiteur principal.

91. B. FAUX-SERMENT DU DÉBITEUR.

Un débiteur a offert à son créancier de prêter serment qu'il ne lui doit rien, et le créancier a accepté cette offre. Le débiteur jure. Quel sera l'effet de ce serment ?

S'il s'agit d'un serment extra-judiciaire, c'est-à-dire prêté hors l'instance, et si ce serment n'est pas contesté, le prêteur arrête les débats et renvoie les parties. Si la prestation du serment est contestée, le prêteur délivre la formule au créancier, mais en insérant l'*exceptio jurisjurandi* pour le débiteur. Le juge alors examinera si le serment a été véritablement prêté, et, s'il le reconnaît, il absoudra le débiteur.

S'agit-il, au contraire, d'un serment judiciaire ? Si c'est un serment prêté *in jure*, le prêteur renvoie les parties. Enfin, si le serment a eu lieu *in judicio*, le débiteur a juré qu'il ne doit rien, et on découvre qu'il a fausement juré. Le créancier aura-t-il une action contre le parjure ?

Labeon (1) donnait ici l'action *de dolo* au créancier contre le débiteur absous. Mais Pomponius, au contraire, dont l'opinion a prévalu, refuse toute action contre le coupable « parce que, dit-il, il y a là une sorte de transaction, et le serment a terminé l'affaire d'une manière absolue, comme l'eût fait une transaction.

Le texte dit « *videri* », parce qu'il n'y a pas vraiment transaction. Celle-ci, en effet, suppose toujours un sacrifice réciproque, ce qui n'a pas lieu ici. Malgré cela, c'est ce semblant de transaction qui donne le motif du texte. Il y a une convention spéciale entre les parties, c'est que « le serment devra mettre fin au litige entre elles, même en cas de parjure. »

Et pour donner une raison nouvelle à ce refus de l'action de dol contre le débiteur, la loi suivante (2) ajoute : « *Nam sufficit perjurii poena.* » C'est une raison mauvaise et insuffisante, car cette peine du parjure n'indemnise pas le demandeur. De plus, elle n'est pas exacte, car le parjure n'était pas toujours puni. Il n'était puni que s'il avait juré « *per genium principis* », et restait impuni s'il avait juré « *per Deum.* » Cf. loi 43, § 6. Dig., XII, 2.

92. C. FAUSSE SIGNATURE DU DÉBITEUR.

C'est la loi 38, au titre *De dolo*, qui examine ce cas.

Voici l'espèce :

Un débiteur d'une dette non verbale avait adressé à son créancier une lettre portant la signature fausse d'un tiers, « Titius », lié avec ce dernier. De plus, ce tiers était censé donner des sûretés pour le paiement

(1) Loi 21. Dig. *De dolo*, IV, 3.

(2) Loi 22, *Eodem loco*.

de la dette, car le créancier fait acceptilation et libère le débiteur.

Comme il s'agit de consentement donné par lettre, l'opération a pu être l'une des trois suivantes :

1° Un mandat donné par Titius au créancier de libérer le débiteur ;

2° Ou bien un constitut *pro alio* avec intention de nover, c'est-à-dire Titius intervenant pour prendre la place du débiteur ;

3° Ou bien, enfin, un *receptitium*, si Titius est banquier. Seulement comme la dette n'était pas verbale, il a fallu la nover en dette verbale, et cela a été fait par la formule (1) Aquilienne.

On suppose que le créancier a découvert le dol. Quelle action aura-t-il ?

D'abord son ancienne action étant éteinte *ipso jure*, le créancier ne peut la reprendre.

Il ne peut pas avoir la *condictio sine causa*, parce que l'acceptilation n'a pas besoin d'une cause pour être valable.

Enfin, il n'a aucune exception à son service.

Alors le texte distingue :

1° Le créancier est-il mineur de 25 ans ? il aura alors la *Restitutio in integrum*. Le magistrat rendra un décret ordonnant au débiteur de payer comme s'il n'était pas libéré ;

2° Si le créancier est majeur de 25 ans, le texte lui accorde l'action *de dolo*, parce qu'il n'y a aucune voie de recours possible.

(1) Elle avait été introduite par Aquilius Gallus ; très compliquée et aussi générale que possible ; elle se compose de deux formules : a) une formule novatoire destinée à transformer la dette en dette verbale. — b) Une formule d'*acceptilatio* qui éteignait la dette.

93. D. HYPOTHÈSE DE LABÉON.

Dans un de ses ouvrages intitulé « *De libris posteriorum* », Labéon présente une hypothèse assez bizarre où le dol est commis à l'occasion de l'exécution d'un contrat, — contrat sur la nature juridique duquel les jurisconsultes ne sont pas d'accord avec Labéon.

Voici l'hypothèse du texte (1) :

Deux personnes, l'une que le texte appelle « *tu* », et l'autre « *Titius* », sont supposées en contestation au sujet d'une certaine quantité de marchandises, et on suppose que le possesseur de cette marchandise en a effectué le dépôt entre les mains d'une tierce personne que le texte appelle « *Seius* ». Ce dépôt a été fait de l'accord des deux parties, — sans le dire, le texte le suppose nécessairement, — et il a été convenu avec Séius que celui-ci vendrait cette marchandise, en en gardant le prix, pour le remettre à celle des deux parties qui serait déclarée par jugement propriétaire de la marchandise.

Quelle est la nature juridique de cette convention ?

Labéon y voyait un *séquestre*, c'est-à-dire le dépôt d'une chose litigieuse. Cela semble exact au premier abord, et c'est, en effet, ce que les parties ont voulu faire. Mais cette idée de séquestre soulève deux objections :

1° Le contrat de séquestre suppose comme élément essentiel la pluralité des déposants : (Cf. lois 6 et 17, Dig., XVI, 3.) Or, ici, on semble supposer qu'une seule des parties a fait le dépôt.

Cette objection ne vaut rien, car, en réalité, le dépôt est le fait des deux parties ; c'est la remise *matérielle*

(1) Loi 9, § 3. *De dolo*, IV, 3.

qui a été faite par l'une d'elles, mais toutes deux participent à la remise effective ;

2° Le séquestre proprement dit implique seulement l'obligation pour le dépositaire de *garder* l'objet et de le *rendre* (Cf., *supra*, loi 6. Dig., XVI, 3), tandis que notre texte suppose que Séius est chargé de *vendre* l'objet. Par conséquent, c'est un mandat et un dépôt tout à la fois.

Ceci dit, arrivons au dol prévu par le texte :

Celle des deux parties qui ne possédait pas la marchandise et qui n'a pas effectué la remise matérielle, Titius, en l'espèce ci-dessus, refuse, par dol, de « *judicium accipere* », c'est-à-dire « d'engager l'instance », ou mieux « de se faire délivrer la formule de l'action ». — Quelle sera la situation de l'autre partie ?

Il semble d'abord qu'elle aura une action en revendication contre « Séius », et pourtant Labéon refuse toute action contre Séius et permet l'action *de dolo* contre Titius.

Pourquoi ?

Labéon, quoi qu'il vît un séquestre dans l'opération, refuse l'action *sequestraria* contre Séius, parce que « *nondum impleta conditione depositionis.* » En effet, Séius s'était engagé à rendre la somme à celui qui serait jugé propriétaire et sous la condition d'une décision judiciaire. Or, cette condition n'est pas remplie, puisqu'il n'y a pas de procès.

En second lieu, Labéon rejette l'action *mandati*, bien qu'elle semble pouvoir être donnée ici. C'est que pour lui, Labéon, l'intention principale des parties a été de faire un séquestre et qu'il n'y a pas de mandat.

Donc, d'après Labéon, puisqu'aucune action n'est possible contre le dépositaire Séius, il y aura lieu à

l'action *de dolo* contre l'autre partie, Titius, qui, par son dol, a empêché d'intenter l'action *sequestraria* en refusant d'engager l'instance.

Reprenant cette décision de Labéon, Pomponius distingue : si Séius, le dépositaire, est *insolvable*, il admet, comme Labéon, que l'action *de dolo* pourra être délivrée contre Titius. Mais, dans le cas de solvabilité de Séius, il trouve qu'une action contractuelle est possible contre ce dernier. Ce ne sera aucune des deux actions ci-dessus, mais bien l'action *præscriptis verbis*. Et Ulpien approuve Pomponius.

Cette décision est en effet très exacte. Il s'agit là d'un *negotium* « *facio ut facias* ». C'est une opération qui n'est ni un séquestre, ni un mandat, c'est un *contrat innommé*. Mais, pourrait-on objecter, c'est un séquestre que les parties ont voulu faire ici. Très bien, dirons-nous, mais cette intention n'a pas été réalisée. Donc, c'est l'action *præscriptis verbis* qui devra réussir ici. C'est en effet une action d'une nature toute particulière, dans la théorie généralement admise. Elle fut introduite par Labéon en vue des hypothèses où une convention synallagmatique présenterait les éléments d'un contrat nommé et *s'il y avait doute* sur l'espèce du contrat (Cf. loi 1, § 1, Dig., XIX, 5), ce qui est le cas ici.

Une chose curieuse à remarquer, c'est que ce soit un jurisconsulte sabinien, Pomponius, qui ait songé à cette action *præscriptis verbis*, au lieu du créateur de cette action, le chef des Proculiens, Labéon. Pourquoi cette bizarrerie ? On peut dire, pour l'expliquer, qu'aux yeux de Labéon, l'intention des parties de faire un séquestre est tellement évidente qu'il n'y a *aucun doute* sur la nature même de la convention, et s'il refuse l'action *sequestraria*, c'est uniquement

parce que la condition n'est pas remplie (Cf., *supra*).

En résumé, c'est Pomponius qui a raison en *théorie*. Ajoutons qu'en pratique c'est la solution la plus naturelle et la plus simple. Il est plus naturel, en effet, qu'on s'en prenne au dépositaire plutôt qu'à l'autre partie, bien entendu si ce dépositaire est solvable.

94. E. DOL DE L'ESCLAVE.

A Rome, aucune action ne pouvait naître entre le maître et son esclave, mais il ne s'ensuivait pas qu'aucune convention ne fût possible entre eux. Ainsi un esclave pouvait faire des conventions avec son maître en vue de son affranchissement. Cela était fréquent (Cf. loi 104, Dig., XLV, 1). Quelle était la valeur de ces conventions ? Elles valaient comme simple engagement et engendraient une obligation naturelle ; l'esclave ne pouvant s'engager par voie d'action en vertu de contrats ni de promesses (loi 17, Dig., III, 5).

Le maître de l'esclave ne s'est pas contenté de l'engagement de ce dernier, il a exigé un *reus pactionis* ou *expromissor*, c'est-à-dire un tiers qui prend la place de l'esclave débiteur. Ce tiers s'oblige par voie d'action et valablement, parce qu'il y a une dette naturelle valable qui sert de base à son engagement. La loi 7, § 8, *De dolo*, qui prévoit ce cas, ajoute que l'*expromissor* ne s'est engagé que sous une réserve, à savoir que, l'affranchissement une fois accompli, l'esclave affranchi devrait venir prendre sa place dans l'obligation. Il n'a donc entendu contracter qu'un engagement provisoire.

On se demande si l'esclave, une fois affranchi, ne veut pas s'obliger comme il devait le faire, quelle action aura le maître pour se faire payer le prix de l'affranchissement ?

D'après la loi 7, § 8, *De dolo*, Pomponius distinguait deux cas :

1° L'esclave affranchi a refusé d'intervenir pour prendre sa place dans l'obligation ; le patron aura alors l'action *de dolo* contre lui.

2° L'esclave veut bien intervenir, mais son patron refuse de l'agréer. Pomponius, dans ce cas, décidait que le patron avait l'action *ex stipulatu* contre l'*expromissor* ; mais il sera repoussé par l'*exceptio doli*.

Ulpien redresse la décision de Pomponius pour le premier cas. « Je me demande, dit-il, comment on « peut accorder l'action *de dolo* au patron, alors qu'il « y a une autre action, l'action *ex stipulatu*, contre « le tiers ? A moins que Pomponius ne considère « peut-être l'action *ex stipulatu* comme impuissante, inefficace, inutile, parce qu'elle peut être « repoussée par l'*exceptio doli* ».

Ulpien fait alors remarquer que même cette explication n'est pas admissible. L'action *ex stipulatu* contre l'*expromissor* ne peut pas être paralysée par l'*exceptio doli* dans le cas où c'est l'esclave qui ne veut pas s'engager dans les liens de l'obligation, et alors, l'action *ex stipulatu* étant efficace doit exclure l'action *de dolo*.

Donc : est-ce le patron qui refuse l'engagement de l'affranchi ? Il y aura une action *ex stipulatu*, repoussée il est vrai par l'*exceptio doli*, mais il n'a pas l'action de dol ; est-ce l'affranchi qui refuse de venir prendre la place de l'*expromissor* ? Ulpien refuse l'action de dol au patron, car il a une action efficace contre un tiers : l'*expromissor*. Et Ulpien ajoute à la fin du texte : « Si le patron n'a pas l'action « de dol, l'*expromissor* qui a payé au patron aura « contre l'affranchi cette action *de dolo* ».

Il faut rapprocher de notre texte une constitution du Code qu'on a voulu mettre en opposition avec lui. (Constitut. 3, Code, IV, 14.) « *Promissæ tibi pecuniæ a servo tuo ut eum manumitteres, si postea quam manumisisti stipulatus ab eo non es, adversus eum petitionem per in factum actionem habes* ». « Un esclave t'a promis de l'argent pour son affranchissement, si, après l'avoir affranchi, tu ne l'as pas fait promettre *ex stipulatu*, tu as le droit de réclamer l'argent par une action *in factum* ».

S'il faut voir dans cette action une action fondée sur la promesse de l'esclave, elle est contraire au principe que les esclaves ne s'obligent que *naturaliter*. Enfin ce texte est en opposition avec notre loi 7, § 6, *De dolo*. Si le maître a une action *in factum*, il ne devrait pas avoir l'action *de dolo* que lui donne la loi 7, § 6.

M. de Savigny (1) a présenté une explication ingénieuse. L'action dont il s'agit ici est, selon lui, l'action *in factum præscriptis verbis*. « Ce texte, dit-il, est en opposition avec la loi 7, § 6, *De dolo*, parce qu'il y a eu un progrès de législation ». L'opération entre le maître et l'esclave constitue un *negotium* « *facio ut des* » qui donne lieu à l'action *præscriptis verbis* par suite du développement de la législation.

Sans doute il faut voir là un *negotium* « *facio ut des* », mais doit-on aller, comme M. de Savigny, jusqu'à accorder l'action *præscriptis verbis* ? Nous ne le croyons pas, car l'engagement a été contracté par un esclave. On ne peut guère admettre non plus le prétendu progrès de législation, progrès d'autant plus douteux que la constitution citée est d'Alexandre

(1) De Savigny. Traité de droit romain. Append. IV, *in fine*.

Sévère, alors que les textes qui refusent l'action à raison des engagements de l'esclave sont d'Ulpien, presque contemporain d'Alexandre Sévère.

Il y a deux explications possibles de ce texte :

1^{re} EXPLICATION. — On peut penser qu'il s'agit de l'action *de dolo in factum*. Le maître ne peut avoir aucune action contractuelle ni contre l'affranchi, ni contre un tiers, puisqu'il n'y a pas d'*expromissor* ; il n'y a donc pour lui que la ressource d'une action *de dolo* fondée sur une obligation *quasi ex delicto*.

Si l'on admet cette explication, il faut remarquer qu'il s'agira d'un dol négatif : refus par l'esclave de se placer dans les liens d'une obligation.

Comme nous l'avons dit, c'est un *negotium fucio ut des* dans les rapports du maître et de l'esclave, tandis que dans les rapports de l'affranchi et du tiers *expromissor*, il y a un contrat de mandat. Mais dans aucun des deux cas, ni l'action *præscriptis verbis*, ni l'action *mandati* ne sont données, parce que le contractant était esclave quand il a fait sa promesse.

2^e EXPLICATION. — Les termes de la constitution précitée ne supposent pas que l'esclave refuse de se placer dans les liens d'une obligation après son affranchissement ; ils supposent simplement que l'esclave n'a pas promis *ex stipulatu* après l'affranchissement. L'action *in factum* du texte pourrait donc être l'action *in factum de pecuniâ constitutâ*. Le pacte de constitut était un des moyens de donner une action à un créancier naturel, et quand il était passé *inter eandem personas*, il était sanctionné par une action dite *de pecuniâ constitutâ*. Il supposait une dette d'argent ; c'est le cas de la constitution que nous examinons. Donc, si l'esclave a renouvelé sa promesse

sans stipulation, on se trouve bien dans le cas d'un pacte de constitut.

Si l'on ne veut pas admettre que la promesse ait été renouvelée et si l'on veut supposer un refus de mauvaise foi de l'esclave, il faut s'arrêter à l'action *de dolo* (1^{re} explication) et on arrive à prouver ainsi que l'esclave, une fois affranchi, n'était pas absolument libre de ne pas tenir les promesses faites par lui durant son esclavage.

CHAPITRE II

Dol émanant des tiers.

95. En règle générale, le dol commis par un tiers donne naissance à l'action *de dolo*, soit contre le tiers, soit contre la personne qui a profité du dol. Mais, comme il faut concilier cette règle avec cet autre principe que l'action de dol est subsidiaire, c'est-à-dire qu'on ne l'accorde que si la partie lésée n'a plus aucune voie de recours à sa disposition, il arrive en fait que la règle devient l'exception.

Nous allons passer en revue les différents cas de dol commis par un tiers et prévus au Digeste. En les approfondissant, il sera facile d'en dégager les principes essentiels de la matière.

Prenons d'abord le plus fréquent de tous les contrats : la vente ; et supposons que dans une vente de choses, faite au poids, un tiers a prêté des poids au vendeur. Or, on découvre que ces poids sont faux et le tiers qui les a prêtés les savait faux ; il y a donc dol de sa part. Que va-t-il arriver ?

D'après la loi 18, § 3, au titre *De dolo*, Trebatius délivrait l'action de dol contre le tiers. Mais le jurisconsulte Paul réprouve cette décision et montre que l'action *de dolo* ne sera pas nécessaire parce qu'il y aura d'autres actions possibles entre l'acheteur et le vendeur. Et tout naturellement deux questions se présentent :

1° Quelles sont ces autres actions possibles entre acheteur et vendeur ?

2° Dans quels cas l'action *de dolo* sera-t-elle exceptionnellement possible?

96. 1^{re} question. — *Actions possibles entre acheteur et vendeur.*

Notre texte distingue deux cas :

a) 1^{er} cas. Les poids sont *majora*, c'est-à-dire trop forts. C'est le vendeur qui est lésé, et Paul dit qu'il aura une action que le droit commun lui donne contre l'acheteur, même de bonne foi; c'est la *condictio*. Il pourra répéter contre l'acheteur ce qu'il a livré de trop par la *condictio sine causa*.

Cette décision de Paul demande à être expliquée, car elle semble contraire aux principes qui accordent l'action même du contrat dans des cas analogues. En effet, la loi 3, § 3, Dig., XI, 6, suppose que le vendeur d'un fonds a livré une contenance trop forte par suite d'un dol commis par l'arpenteur dans le mesurage, et décide que, dans ce cas, le vendeur aura l'action du contrat, *actio venditi*, contre l'acheteur. De même, une autre loi 40, § 2, Dig., XVIII, 1, suppose que c'est le vendeur lui-même qui a fait le mesurage, et décide que, s'il a trop livré, il aura l'action du contrat et non pas la *condictio*. Pourtant ce cas ressemble bien au nôtre. Y a-t-il contradiction? Non, car les hypothèses visées par notre loi, d'une part, et par les deux autres textes précités, d'autre part, sont différentes.

Dans les ventes au poids ou à la mesure, en effet, il faut distinguer soigneusement suivant que la pesée ou le mesurage a pour but de déterminer ou bien *la chose vendue elle-même*, ou bien seulement le *quantum du prix*. Or, notre texte vise la première hypothèse, tandis que, dans les deux autres, il s'agit de la seconde. Dans notre loi 18, § 3, il s'agit de choses

vendues au poids, et c'est la pesée qui détermine la chose. Par conséquent, tout ce qui dépasse est en réalité *en dehors* de la vente, et le vendeur aura la *condictio* pour en répéter la valeur. Les deux autres textes, au contraire, ont en vue une terre déterminée, c'est-à-dire un corps certain. Le mesurage a pour but de déterminer, non pas la chose, mais le *quantum* du prix. Il y a erreur dans la contenance, et par suite erreur sur le prix. Donc pas de contradiction entre ces décisions.

Mais il y a un dernier texte qui semble plus embarrassant. C'est la loi 32, Dig., XIX, 1, qui suppose un vendeur d'huile ayant employé des poids trop forts, et qui semble lui accorder l'action *venditi* en supplément du prix. Nous disons « qui semble », car nous ne l'admettons pas. Les mots du texte « *sibi dare oportere quod plus est* » ne désignent pas l'action *venditi* mais bien la *condictio*. Car ces mots sont l'*intentio* ordinaire des actions de droit strict, et non pas celle des actions de bonne foi, dont la vente est le type. Néanmoins, si l'on n'accepte pas notre opinion, et si l'on veut soutenir que les mots précités désignent bien l'action *venditi*, on peut concilier ce texte avec le nôtre en l'appliquant à une hypothèse différente. Nous dirons alors qu'il s'agit de marchandises — d'huile, dans l'espèce — considérées non comme *choses de genre*, mais comme *choses déterminées*. Et l'on comprend très bien alors l'action du contrat, comme dans les deux autres textes étudiés plus haut.

b) 2^e cas. Les poids sont *minora*, c'est-à-dire trop faibles.

C'est alors l'acheteur qui est lésé, et nous allons trouver des décisions inverses. Paul et Ulpien (1) sont

(1) Loi précitée 32. Dig., XIX, 1.

d'accord. L'acheteur aura l'action *empti* pour se faire délivrer le surplus de ce qui lui est dû ou pour en obtenir la valeur, mais il n'aura pas la *condictio*. L'antithèse est frappante.

L'acheteur doit avoir l'action *empti* d'après les principes; car s'il a acheté 20 et n'a reçu que 18, il a le droit de dire que le contrat n'a pas été exécuté et doit avoir l'action de ce contrat contre son vendeur.

Que l'on suppose maintenant l'acheteur ayant acheté un corps certain, un fonds de terre, par exemple, et que ce fonds annoncé comme contenant 100 arpents n'en contienne que 95. — Nous avons vu tout à l'heure que, dans le cas symétrique, *mutatis mutandis*, le vendeur avait l'action *venditi*. — *Quid* pour l'acheteur ?

Si le vendeur a été de *bonne foi*, l'acheteur n'aura pas l'action de dol contre l'arpenteur, car il a une action contre le vendeur. Mais, comme il reçoit la chose même, objet du contrat, ce ne sera pas l'action *empti*. Ayant payé plus qu'il n'aurait dû payer, il aura la *condictio indebiti* pour répéter une partie du prix correspondant au terrain qu'il n'a pas reçu.

Si le vendeur était de mauvaise foi, l'acheteur aurait alors l'action *empti*, en vertu de ce principe que, dans la vente, chaque partie doit s'abstenir de tout dol.

97. 2^e question. — *Dans quels cas l'action « de dolo » est-elle exceptionnellement possible contre le tiers ?*

L'action de dol est possible contre le propriétaire des poids dans deux cas : l'un indiqué dans notre loi 18, § 3; l'autre visé par la loi 3, § 2, Dig., XI, 6.

1^{er} cas (Loi 3, § 2, Dig., XI, 6). — C'est le cas où les

actions de droit commun, que nous venons de voir en jeu, sont inefficaces par suite de l'insolvabilité de l'acheteur ou du vendeur. La victime alors se retournera contre le tiers et l'attaquera par l'action *de dolo*.

2^e cas. — Il est indiqué à la fin de notre texte. C'est le cas où les parties ont convenu expressément que le vendeur emploierait les poids mêmes qui ont été prêtés, en croyant ces poids exacts.

Dans ce cas, chaque partie a le droit de retenir l'avantage qu'elle a retiré de l'emploi de ces poids. C'est le résultat de la convention, et alors aucune action n'est possible entre les parties. Mais la partie lésée pourra attaquer le tiers par l'action *de dolo*.

Tout cela est clair ; mais comment expliquer la loi 52, § 22, Dig., XLVII, 2, qui accorde l'action *furti* contre le tiers coupable ? Nous sommes obligés d'avouer qu'en tant que décision générale cette décision est inexplicable, par cette raison que pour qu'il y ait *furtum*, il faut qu'il y ait *animus lucrandi*, — ce qui n'existe pas chez le tiers qui a prêté les poids.

Il faudrait supposer, pour appliquer cette décision de la loi 52 précitée, que le tiers n'a pas été *seul* de mauvaise foi, mais s'est trouvé de connivence avec l'acheteur, par exemple. Alors, ce dernier, profitant de l'excédent du poids, aura l'*animus lucrandi* joint à la *contractatio fraudulosa*, et le tiers pourra être tenu comme complice de ce *furtum*.

98. Supposons maintenant la vente d'un corps certain, dans laquelle un tiers a fait périr la chose due, sans aucune faute imputable au vendeur. — Ici, le vendeur sera libéré par cas fortuit ; mais comme il

reste propriétaire de la chose jusqu'à la livraison (1), il aura l'action de la loi Aquilia, même pour le principal, et il devra faire cession de cette action à son acheteur qui agira alors comme *procurator in rem suam*. Ce résultat se trouve dans la loi 13, § 12, Dig., *De act. empt.*, XIX, 1 (Cf. *Institutes*, § 3, *in fine*, III, 23). Si bien que cette cession opérée, l'acheteur ne pourra intenter l'action *de dolo*, puisque l'action de la loi Aquilia doit lui suffire.

Pourquoi cette différence entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi? Cela tient à la théorie de la faute contractuelle.

98^{bis}. Dans les contrats de bonne foi, le débiteur d'un corps certain est tenu de sa *culpa levis*, jusqu'à la livraison de la chose. Donc, si un tiers vient à détruire cette chose, le vendeur doit prouver, non seulement le cas fortuit, mais encore l'absence de toute négligence de sa part. Or, cette simple responsabilité envers le créancier suffit pour que le débiteur ait un intérêt à agir par l'action de la loi Aquilia.

Investi de l'action de la loi Aquilia, en vertu de cet intérêt éventuel, il doit céder cette action, avec tous les droits qu'il a sur la chose, à l'acheteur, et celui-ci, ayant une voie de droit à sa disposition, n'aura plus l'action *de dolo*.

Au contraire, dans les contrats de droit strict, le débiteur ne répond que de sa faute *in commitendo*, mais non pas de sa négligence. Il lui suffira donc de prouver que c'est un tiers qui a causé le dommage ;

(1) Le vendeur reste propriétaire, même après la livraison, tant que le prix n'a pas été payé (*Institutes*, § 41, II, 1), et alors l'action de la loi Aquilia lui compète comme propriétaire, mais il n'a plus d'intérêt à l'exercer parce qu'il n'est plus responsable de la chose depuis la livraison.

par cette seule preuve, il sera entièrement libéré et n'aura à craindre aucune responsabilité. Il n'a donc pas d'intérêt, par conséquent pas d'action, et il n'aura aucune action à céder à l'acheteur; de telle sorte que celui-ci, n'ayant aucune action, pourra agir, comme suprême ressource, par l'action *de dolo*.

Et pourtant il y a une hypothèse spéciale de contrats *stricti juris* où l'on suivra la règle des contrats de bonne foi. C'est le cas d'un débiteur *ex testamento*, ou de l'héritier institué grevé par le testament du legs d'un corps certain. Loi 15, Dig., *Ad leg. Aquil.*, IX, 2. Ce texte suit les règles des contrats de bonne foi, dans le cas où il s'agit d'un esclave légué, blessé par un tiers avant l'adition, c'est-à-dire AVANT que le légataire n'ait été rendu propriétaire. Il faut généraliser et dire la même chose si l'objet dû n'a été qu'endommagé. — Ulpien décide que l'héritier provisoirement propriétaire aura l'action de la loi Aquilia contre l'auteur du *damnum*, mais il devra céder cette action au légataire. On applique donc, à ce cas de droit strict, les règles des contrats de bonne foi. Pourquoi ?

C'est encore une conséquence de la théorie des fautes. En matière de legs, l'héritier répond de sa *culpa levis* toutes les fois qu'il garde quelque chose de la succession. C'est seulement lorsqu'il ne conserve rien qu'il ne répond que de sa faute lourde et de son dol (Cf. loi 108, § 12, *De legatis*, Dig., XXX).

99. Si de la vente nous passons aux contrats de droit strict, nous allons voir que le dol des tiers produit des résultats différents. Supposons donc, avec la loi 18, § 5, *De dolo*, un débiteur d'un corps certain

tenu en vertu d'un contrat *stricti juris*; un tiers a détruit par dol l'objet dû; quel va être le résultat de ce fait sur le contrat? — Le texte précité en donne trois :

1° Tout d'abord, le débiteur est libéré parce qu'il s'agit d'un corps certain et qu'il y a force majeure; si bien que le dol du tiers opère ici comme libération du débiteur;

2° Le créancier a contre le tiers, auteur du *damnum*, l'action *de dolo*, et non pas celle de la loi Aquilia. Pourquoi? C'est que l'action de la loi Aquilia appartient seulement à ceux qui ont un *jus in re* sur la chose, et non pas à ceux qui sont simplement créanciers;

3° Enfin, le débiteur n'aura pas non plus l'action de la loi Aquilia, quoiqu'il soit encore *dominus* de la chose détruite. De telle sorte que cette action aquilienne n'est accordée à personne. Sans doute, d'après les principes, le débiteur devrait l'avoir, mais on la lui refuse pour un motif tout spécial, qui est le défaut d'intérêt pécuniaire. Le débiteur, en effet, est libéré; il ne peut pas se plaindre : donc « pas d'intérêt, pas d'action ».

Il faut rapprocher cette décision de notre texte de la loi 54, Dig., XI, 2, qui donne une solution un peu différente. C'est une hypothèse analogue, mais pourtant avec quelques différences.

Cette loi 54 suppose que l'auteur du *damnum* est le créancier et non plus un tiers. De plus, elle distingue suivant que le débiteur est en demeure ou non. Si le débiteur était déjà *in morâ*, rien de changé à ce que nous venons de voir. Mais si le débiteur n'avait pas encore été mis en demeure, la loi 54 décide que non seulement il doit être libéré *a fortiori*, mais elle lui

accorde, en outre, l'action de la loi Aquilia contre le créancier. C'est là le point de différence avec notre texte. Comment expliquer cette loi 54 ?

On a dit que, dans cette loi, Papinien appliquait les règles suivies dans les contrats de bonne foi. Cela est possible, car, dans notre texte, Paul ne donne pas sa décision comme admise par tous les jurisconsultes (1). Et peut-être Papinien était-il de l'opinion contraire ?

Une autre opinion — que nous préférons — consiste à dire que, dans la loi 54, l'action de la loi Aquilia accordée au débiteur n'a pas pour objet de lui faire obtenir la valeur même de la chose, mais bien la valeur des accessoires dont il est privé par sa destruction : comme par exemple, l'usage d'un animal, les services d'un esclave, etc... Et l'action de la loi Aquilia n'aura d'effet que dans ces limites.

S'il en est ainsi, cette décision de la loi 54 pourrait-elle être transportée dans notre texte ? En d'autres termes, quand l'auteur du *damnum* est un tiers, pourra-t-on donner au débiteur contre ce tiers l'action de la loi Aquilia pour obtenir la valeur des accessoires de l'objet détruit ? Oui, nous l'admettons, et si notre loi 18, § 5, ne le dit pas, c'est qu'il est possible qu'elle vise un cas où le débiteur n'avait pas droit aux accessoires. Donc, à ce point de vue, il n'y a pas d'intérêt à distinguer entre le cas où le dol est le fait du créancier et celui où il est causé par un tiers.

On a voulu cependant établir une différence. Quand l'objet dû, a-t-on dit, périt par la faute d'un tiers, le but de ce tiers est surtout de nuire au créancier ; au

(1) Arg^t des mots : « *plerique... putant.* »

contraire, quand c'est le créancier lui-même qui détruit l'objet, son but est de nuire au débiteur.

Au fond, cette distinction n'a pas de valeur, car, en matière de *damnum*, l'intention est hors de cause dans la loi Aquilia. La seule chose est de savoir s'il y a *damnum* et si le propriétaire a intérêt à intenter l'action. C'est ce que nous venons d'examiner.

TITRE III

DU DOL EN DEHORS DE TOUTES RELATIONS D'OBLIGATION

CHAPITRE PREMIER

Du dol dans les rapports du nu-propriétaire et de l'usufruitier.

100. Si l'on se place en dehors de toutes relations d'obligation, on trouve au Digeste le cas particulier du dol commis par le nu-propriétaire envers l'usufruitier. C'est d'abord le dol commis sur un esclave ou sur un meuble, et en second lieu le dol commis sur une chose immobilière.

A. DOL DU NU-PROPRIÉTAIRE S'EXERÇANT SUR UN MEUBLE.

Il y a une certaine relation juridique entre le nu-propriétaire et l'usager ou usufruitier, mais il n'y a entre eux ni contrat ni relations personnelles, par conséquent aucune obligation.

Supposons donc, avec la loi 7, § 4, au titre *De dolo*, un esclave soumis à un droit réel d'usage. Le nu-propriétaire l'a tué dolosivement; quelle action aura l'usager (1) ?

Le texte donne à l'usager l'action de la loi Aquilia et

(1) Remarquons le mot « *possidens* ». L'usager n'est que détenteur, c'est le propriétaire qui a la possession.

l'action *ad exhibendum*. Comment ces deux actions sont-elles possibles ici ?

A priori l'action de la loi Aquilia semble pouvoir s'expliquer, puisqu'il s'agit du meurtre d'un esclave, Mais, objectera-t-on, cette loi ne donnait une action qu'au propriétaire de l'esclave, tandis qu'ici il s'agit d'un usager. C'est vrai. Aussi nous dirons que le texte a en vue l'action *utile* de la loi Aquilia, celle que le Digeste appelle « *ad exemplum legis Aquiliæ* ». Nous avons déjà vu en effet que le prêteur, ayant à combler les lacunes du droit civil, s'était servi d'une action *utile* ou d'une action *in factum de dolo*. Il introduisait cette action utile en faveur des personnes ayant un *droit réel* sur la chose, sans en être propriétaire. C'était une action *fictice*. On supposait que l'individu était réellement propriétaire (Cf. lois 11, § 10, et 12, Dig., liv. IX, 2).

L'action *ad exhibendum* était donnée à quiconque avait un intérêt légitime à se faire représenter un meuble dans le but spécial d'intenter une action relativement à ce meuble. Elle était donnée contre celui qui possédait l'objet ou avait cessé de le posséder par dol. En outre, elle avait deux avantages : d'abord elle était arbitraire ; de plus il suffisait au demandeur d'établir l'intérêt qu'il avait à la chose, sans avoir à prouver son droit sur cette chose. Et cela se comprend, puisque ce n'était là qu'un préliminaire à une autre action. Le défendeur ne pouvait que contester l'intérêt du demandeur à réclamer la chose.

Ceci dit, l'usager a un intérêt légitime à demander la représentation de l'esclave comme préliminaire à une autre action qu'il se propose d'intenter et qui sera l'action *confessoria*. Il dira : « J'avais l'esclave à mon service, cela suffit pour établir la vraisem-

blance de mon droit d'usage ». Mais comme l'esclave est supposé tué par dol, le défendeur sera traité comme tout défendeur qui, par dol, ne peut exécuter le *jussus judicis* ; il sera condamné à une somme fixée par le serment du demandeur.

On comprend maintenant quel intérêt aura l'usager à intenter l'action *ad exhibendum* plutôt que celle de la loi Aquilia, puisque, dans la première, il n'a pas à prouver son droit, mais simplement son intérêt. Or, si ces deux actions sont possibles, elles ne doivent pas se cumuler : l'usager doit faire un choix. L'action *ad exhibendum* est purement *persécutoire*. Quant à l'action de la loi Aquilia, elle est persécutoire aussi, pourvu que l'esclave tué n'ait pas changé de valeur dans l'année qui a précédé le meurtre. Au contraire, si l'esclave avait eu, dans l'année antérieure au meurtre, une valeur plus grande qu'au jour de sa mort, l'action est *mixte* et la partie lésée se trouve à la fois indemnisée et enrichie. Il arrivera alors, et c'est une exception à la règle du non-cumul, que si l'action *ad exhibendum* a été intentée la première, l'action de la loi Aquilia pourra se cumuler avec elle, mais seulement pour la portion pénale.

Donc, pour le *chiffre*, l'action de la loi Aquilia sera plus avantageuse que l'action *ad exhibendum* ; mais, pour la *preuve*, ce sera le contraire.

Dans ce qui précède, nous avons supposé le droit d'usage établi entre vifs, mais, dans le cas très fréquent où il résulte d'un acte de dernière volonté, demandons-nous si une autre action ne serait pas possible ?

Supposons, avec la loi 7, § 5, *De dolo*, qu'un esclave a été soumis par testament à un droit d'usage et que l'héritier a tué cet esclave par dol. Quelle

l'action aura l'usager légataire ? Deux cas à distinguer.

1^{er} CAS. — L'esclave a été tué de mauvaise foi par l'héritier AVANT l'adition. Dans ce cas, le légataire n'aura pas l'action de la loi Aquilia, parce qu'il n'est pas propriétaire et qu'il n'avait aucun droit réel avant l'adition d'hérédité. Il n'aura pas l'action *de dolo*, parce qu'il a à sa disposition une autre action qui sera l'action *ex testamento*.

2^e CAS. — L'héritier a tué l'esclave APRÈS avoir fait adition.

Ici encore, le légataire n'aura pas l'action *de dolo*, parce qu'il a d'autres actions à son service.

En effet il a :

L'action *ex testamento* ;

L'action *legis Aquiliæ*, car son droit réel est né dès le moment de l'adition.

Enfin il a l'action *ad exhibendum*, puisqu'il s'agit d'un meuble. Mais il ne pourra cumuler et devra choisir.

101. B. DOL DU NU-PROPRIÉTAIRE S'EXERÇANT SUR UN IMMEUBLE.

Cette hypothèse nous est fournie par la loi 18, § 2, *De dolo*. Une maison est grevée d'usufruit et le nu-propriétaire la détruit par dol. Quelle action aura-t-on contre lui ? Le texte décide que l'action de dol sera refusée à la victime parce qu'elle a d'autres actions à sa disposition : « *quoniam aliæ ex hoc oriuntur actiones* ».

Pour les indiquer, il faut distinguer deux cas :

1^o C'est le cas où le nu-propriétaire est un héritier institué. Par exemple l'usufruit a été établi par legs et le testateur a laissé la nue-propriété dans la succession.

De deux choses l'une : la chose a été détruite avant ou après l'adition d'hérédité.

Si le dol a été commis AVANT l'adition, le nu-propiétaire coupable est tenu de l'action personnelle *ex testamento*, soit que l'usufruit ait été légué *per damnationem*, soit même *per vindicationem* depuis le Snc. Néronien.

Si le dol est commis APRÈS l'adition et qu'il s'agisse d'un legs *per damnationem*, tant que le nu-propiétaire n'a pas constitué l'usufruit, il est tenu de l'action *ex testamento* parce qu'il est encore débiteur. Mais si la chose a été détruite après la constitution de l'usufruit, celui-ci se trouve éteint. On pourrait encore dire ici que le nu-propiétaire sera tenu de l'action *ex testamento*, mais cela n'est pas nécessaire, car le légataire a contre lui l'action utile de la loi Aquilia. Nous disons l'action utile, car l'action directe n'appartient qu'au propriétaire, et le légataire, étant usufruitier, a seulement un droit réel et par conséquent l'action *legis Aquiliæ*.

Même solution si nous supposons un legs *per vindicationem* d'usufruit. Après l'adition, le légataire a un droit réel sur la chose.

Donc, dans ce premier cas, il n'y a pas lieu à l'action *de dolo*.

2° Le nu-propiétaire n'est pas un héritier institué.

Par exemple, l'usufruit a été constitué par legs et la nue-propiété a été pareillement léguée. Dans ce cas, si le nu-propiétaire détruit par dol la chose grevée d'usufruit, l'usufruitier aura contre lui l'action utile de la loi Aquilia. Et cependant un autre texte, qui paraît analogue au nôtre, donne l'action *de dolo* à l'usufruitier. C'est la loi 5, § 3, Dig., *Quib. mod. usuf.*, VII, 4. « *Si areæ sit ususfructus legatus, et in ea*

« *œdificium sit positum, rem mutari et usum-
« fructum extinguere, constat. Plane si propieta-
« rius hoc fecit, ex testamento, vel de dolo tene-
« bitur* ». Pourquoi ne pas donner, dans ce cas,
l'action utile de la loi Aquilia ? C'est qu'il n'y a pas
analogie entre ce cas et celui que nous supposons
d'après la loi 18, § 2, *De dolo*. Dans les deux cas,
sans doute, il y a obstacle à l'usufruit, mais il y a
différence dans le dommage causé.

Dans l'hypothèse de la loi 18, § 2, il y a *damnum
corpori datum*. Au contraire, quand le nu-pro-
priétaire a simplement élevé une construction sur
un terrain, il cause sans doute un dommage à
l'usufruitier, mais ce dommage n'est pas causé *cor-
pori* et ce cas ne rentre pas dans ceux réprimés
par la loi Aquilia. Par conséquent l'action *de dolo*
étant seule possible, elle sera donnée à la victime,
C'est ce que dit la loi 5, § 3, précitée. Le juge ordon-
nera la démolition de la construction, *res facti*, et
la reconstitution de l'usufruit éteint, *res juris*, par
une *cessio in jure*.

102. DOL DE L'USUFRUITIER ENVERS LE NU-PRO- PRIÉTAIRE.

Tant que dure l'usufruit, l'usufruitier et le nu-pro-
priétaire sont, l'un en face de l'autre, dans la même
situation que deux voisins dont les propriétés se tou-
chent et dont les deux droits de propriété existent
indépendamment l'un à côté de l'autre. Ce sera donc
le droit commun qui règlera les difficultés. Si l'usu-
fruitier commet un dol envers le nu-propiétaire,
celui-ci pourra agir contre lui par tous les moyens
mis à sa disposition contre un tiers quelconque cou-
pable envers lui de manœuvres dolosives. « Pas plus

« qu'un tiers, dit M. Girard (1), l'usufruitier n'est
« tenu personnellement de rendre la chose à la fin de
« l'usufruit ; le nu-propriétaire n'a, pour la repren-
« dre, que l'action qu'il a contre un tiers quelconque
« qui fait obstacle à son droit, revendication ou action
« négatoire, dans les limites et les conditions où il
« l'aurait contre un tiers quelconque, à condition
« qu'il ait la chose, ou, depuis une certaine époque,
« qu'il ait cessé de l'avoir par dol ».

Ajoutons cependant que le prêteur a mis artificielle-
ment à la charge de l'usufruitier une obligation con-
tractuelle en l'obligeant à promettre une garantie de
caution (Cf., loi 1. Pr., Dig., *Usufruct. quemad.
caveat.*, VII, 9). De telle sorte que, en plus des
actions de droit commun, le nu-propriétaire pourra
agir contre le dol de l'usufruitier par l'action *ex si-
pulatu* résultant de la caution exigée.

(1) Girard. Dr. rom., p. 355.

CHAPITRE II

Dol entre personnes juridiquement étrangères l'une à l'autre.

103. Si l'on sort des contrats et des relations juridiques, les cas sont infinis où le dol d'un tiers peut nuire à autrui. Nous n'en examinerons que deux prévus par le Digeste :

a) 1^{er} cas. Le possesseur d'un immeuble le possède *corpore alieno*, par l'intermédiaire des gens de sa maison (*familia*). Sur les conseils dolosifs d'un tiers, ces gens abdiquent la détention, et la loi 31, *De dolo*, décide deux choses :

1° *La possession n'est pas perdue*. Cette décision est contraire aux principes en matière de possession, car celle-ci est perdue par la perte du *corpus*. Aussi les SabinienS décidaient-ils dans ce sens, et l'on avait admis pendant longtemps qu'il en était ainsi par cela seul que le propriétaire d'un immeuble s'absentait (1). Ces opinions furent repoussées par Proculus, qui fit admettre que si le possesseur s'absentait avec esprit de retour il conservait sa possession *animo tantum*. D'où il résulte que si un tiers occupe l'immeuble, on ne verra là qu'un simple trouble de possession facilement réprimé par l'interdit *uti possidetis*; et, de plus, le possesseur pourra employer des voies de fait pour repousser le tiers. Pour perdre sa possession, il faudrait donc que le possesseur ait laissé passer le dé-

(1) Gaius. Comment., IV.

lai de l'interdit sans agir. Ceci fut admis généralement à la fin de l'époque classique. Mais Proculus alla plus loin et prétendit que celui qui possédait un immeuble *corpore alieno*, par exemple par l'intermédiaire de ses esclaves, pouvait conserver la possession *animo tantum*, même si les esclaves abandonnaient l'immeuble. Un texte de Justinien (*Constitut.*, 12. Code, VII, 32) laisse supposer que les Sabinieniens résistèrent sur ce point. Mais l'empereur consacra l'opinion de Proculus.

2° Le texte décide, en second lieu, que l'action *de dolo* sera possible contre le tiers, si le dol a produit un préjudice. Or, en principe, il n'y a pas de préjudice, puisque le maître n'a pas perdu la possession ; mais il peut y avoir des préjudices accessoires, tel que la perte d'une récolte. Ce sera donc pour ces préjudices accessoires que le maître aura l'action de dol.

b). Un esclave enchaîné par son maître a été détaché par un tiers et s'est enfui. Il n'y a pas *corpus læsum* ; ce *damnum* ne tombe pas sous le coup de la loi Aquilia directe, et Labéon (Loi 7, § 7, *De dolo*, IV, 3) se demande s'il faut accorder l'action de dol contre le tiers ?

Si le tiers a agi de mauvaise foi : comme l'esclave est censé se voler à son maître, le tiers est complice et tenu de l'action *furti*. « *Si non misericordia ductus fecisti, furti teneris...* »

Si le tiers a agi de bonne foi, on aura contre lui une action *in factum* : *Si misericordia ductus, in factum actionem dari debere.* »

Faut-il voir ici l'action utile de la loi Aquilia, ou bien une simple action *in factum* ordinaire ? La question est controversée aujourd'hui (1), mais elle semble

(1) Cf. Accarias. Précis de droit romain, t. II, p. 1075, note 3.

avoir été discutée entre les jurisconsultes romains eux-mêmes. Il semble que, dans l'hypothèse de *damnum non corpori datum*, la majorité des jurisconsultes accordaient une action *in factum* ordinaire; car on est absolument en dehors des termes et de l'esprit de la loi Aquilia. Et si le dommage a été causé *dolo*, il faut distinguer : *ou bien* le coupable peut être considéré comme complice d'un *furtum* et il sera tenu de l'action *furti non manifesti* (c'est le cas cité plus haut — c'est encore le cas de celui qui fait tomber des pièces de monnaie des mains de quelqu'un pour qu'un voleur puisse s'en emparer); — *ou bien* le coupable ne peut pas être considéré comme complice d'un *furtum* (comme, par exemple, celui qui fait tomber de l'argent de la main d'une personne dans un fleuve), et il ne sera tenu que d'une simple action *in factum*. « Ainsi, comme le dit M. Accarias (1), l'action *in factum* supplée d'une manière générale à l'insuffisance de l'action *de dolo*, et l'une et l'autre comblent une lacune laissée par la loi Aquilia. » Au moyen de ce système d'actions se complétant, les faits qualifiés aujourd'hui délits civils et quasi-délits ont fini par être réprimés en droit romain.

105. *c)* 3^e cas. — C'est la loi 7, § 6, Dig., *De dolo*, IV, 3.

Un animal appartenant à Primus a causé du dommage à autrui par le dol de Secundus. La victime aura l'action *de dolo* contre ce dernier, si Primus, le maître de l'animal, n'est pas solvable.

Si l'animal avait été excité, il y aurait lieu contre le coupable à l'action utile de la loi Aquilia.

(1) Accarias. Précis de droit romain, 3^e édition, p. 1075.

Mais si le propriétaire de l'animal est solvable, la victime aura contre lui l'action *de pauperie*, et ne pourra intenter l'action de dol contre le tiers. — Le propriétaire, ajoute le texte, pourra faire l'abandon noxal de l'animal, et, dans ce cas, si le dommage n'est pas réparé tout entier, la partie lésée n'aura pas l'action de dol contre le coupable, même pour ce qui pourrait lui sembler dû.

d) 4^e cas. — Enfin, la loi 33 s'occupe au même titre également d'un cas de dol (en dehors des actes juridiques).

Un individu, ayant un objet à vendre, a trouvé un acheteur. Mais, au moment de la vente, un tiers vient revendiquer la chose. Par ce fait, le marché se trouve rompu, puis le tiers se retire en abandonnant la revendication. Il s'ensuit que l'occasion du vendeur se trouve perdue par la faute de ce tiers, et le texte déclare qu'on donnera contre lui l'action *in factum*.

Pourquoi pas l'action de dol ?

On peut soutenir qu'il n'y a là qu'une imprudence, et pas de dol. Aussi, s'il y a eu mauvaise foi prouvée, l'action *de dolo* reprendra son empire.

En sens inverse, s'il est prouvé que le revendiquant avait des raisons sérieuses de se croire propriétaire, aucune action ne sera possible contre lui.

TITRE IV

CONDITION JURIDIQUE DES HÉRITIERS DE L'AUTEUR DU DOL.

CHAPITRE PREMIER

Des héritiers de l'auteur du dol.

106. Les héritiers sont-ils tenus du dol de leur auteur? Ce que nous dirons des héritiers s'applique aussi aux autres successeurs universels qui ne sont pas héritiers, c'est-à-dire aux *bonorum possessores* — aux fidéicommissaires universels, etc.

Or, en principe, l'action de dol est intransmissible contre eux. C'est la même règle pour toutes les actions pénales unilatérales.

Il y a cependant deux exceptions à cette règle :

Première exception : Elle s'applique à toute espèce d'actions. C'est l'action qui résulte de la *litiscontestatio*. Toute action peut être suivie pour le tout contre les héritiers du défendeur, dès qu'il y a eu *litiscontestatio* du vivant du coupable. C'est la conséquence de l'extinction et de la transformation opérée par la *litiscontestatio*. En effet, l'obligation primitive délictuelle se trouve remplacée par une obligation *quasi ex contractu*, laquelle se transmet activement et passivement.

1) Loi 13. R., Dig., *De dolo*, IV, 3.

Deuxième exception : Dans le cas où ils se sont enrichis, les héritiers peuvent être tenus personnellement à raison du dol de leur auteur. Mais alors ce n'est plus l'action *de dolo* elle-même qui est donnée contre eux, c'est une simple action *in factum* subsidiaire de l'action *de dolo* et basée sur le profit seulement. Elle n'est jamais infamante et est donnée perpétuellement.

Remarquons que l'*intentio* de cette action *in factum* donnée contre les héritiers enrichis doit mentionner le dol de leur auteur.

Cette seconde exception n'a pas le caractère de généralité de la première. Elle s'applique aux actions pénales unilatérales, mais non pas aux actions purement pénales. Cf. loi 1, § 2. Dig., *De eo per quem factum erit quo minus quis in judicio sistat*, II, 10. — De même, loi 23, § 8, Dig., *Ad legem Aquiliam*, IX, 2.

On peut se demander ce qui arriverait si le profit de l'héritier venait à disparaître avant qu'il soit attaqué ?

Cette question n'est pas prévue par le Digeste, mais on peut la résoudre par analogie :

D'abord la chose (1) a pu périr par *cas fortuit* avant la *litiscontestatio*. Dans ce cas, l'héritier sera libéré, tandis que l'auteur du dol ne le serait pas si la perte de la chose avait lieu *intra annum*.

Au contraire, si la perte de la chose ou la disparition du profit a eu lieu par *consumptio*, c'est-à-dire si ce profit a cessé d'être dans le patrimoine de l'héritier par son propre fait, alors l'héritier reste tenu. En effet, il a la valeur de la chose dans son patrimoine ;

(1) Ou le profit.

il suffira donc à la partie lésée d'établir que l'héritier a retiré un profit du dol de son auteur, et ce sera à l'héritier à prouver le cas fortuit.

Enfin, les textes décident que l'héritier de l'héritier reste tenu par cela seul que le premier héritier aura réalisé un profit et alors que lui-même ne se serait enrichi en rien. Cela tient à ce que la dette de restitution, une fois née, grève le patrimoine et passe au second héritier, car elle n'a aucun caractère pénal. Cf. Lois 17 à 20. Dig., *Quod metus causa*, IV, 2.

Ce qui précède ne s'applique qu'aux héritiers du *défendeur*; quant à ceux du *demandeur*, le droit d'intenter l'action *de dolo* leur passe *in integrum* comme les autres créances du défunt.

A ce point de vue de la transmissibilité, l'action de dol est moins avantageuse que les actions de droit commun que la partie lésée peut avoir à sa disposition et qui excluent l'action *de dolo*. Ces actions contractuelles, en effet, sont données pour le tout. Cependant, la loi 30, § 7, Dig., *De peculio*, XV, 1 (1) semble dire que l'action *de peculio* résultant de la *clausula doli* promise par un esclave est donnée contre l'héritier du maître seulement dans la mesure de son profit et non pas pour le tout. Or, cependant, la *clausula doli* donne lieu à une action contractuelle : la *condictio* qui est toujours accordée pour le tout.

Comment expliquer ce texte ? En voici une application : Ce texte ne suppose pas que le dol a été commis par l'esclave lui-même dans le contrat qu'il a passé et garanti par la *clausula doli*, mais il a en vue le cas de la loi 1, Dig., XV, 2, c'est-à-dire le cas où, *après*

(1) Voici ce texte : *In heredem autem doli clausula in id quod ad eum pervenit, fieri debet : ultra, non.*

la mort de l'esclave, le maître de cet esclave se serait rendu personnellement coupable d'un dol relativement aux choses du pécule. C'est alors que l'action *de dolo* viendrait se greffer sur l'action *de peculio* et serait donnée contre l'héritier seulement dans la mesure de son enrichissement.

107. Un mot, enfin, au sujet de la valeur théorique de cette règle dont nous venons d'étudier les deux exceptions. Autant la règle du *non cumul* de l'action de dol avec toute autre action est rationnelle, autant la règle de l'intransmissibilité est injustifiable. On sacrifie les droits légitimes de la partie lésée qui risquera de n'obtenir aucune indemnité si elle n'a pas eu le temps de poursuivre le coupable etsi les héritiers de ce dernier n'ont pas profité du dol de leur auteur. — Aussi est-ce le point de vue d'indemnité qui eût dû prévaloir, et l'on ne peut guère expliquer l'existence de cette règle de l'intransmissibilité que par une raison d'analogie trompeuse. Toutefois on pourrait expliquer ce fait historiquement. Le prêteur a fait du dol, pour créer l'action *de dolo*, un véritable délit; il était donc naturel de le sanctionner par une action intransmissible comme celles qui sont données en matière de délit. Les Romains ont étendu ici par analogie la règle d'intransmissibilité des actions *purement pénales*. Ils n'ont pas vu la différence suivante : le seul but des actions purement pénales est *d'enrichir* et non pas *d'indemniser*, et il était logique de déclarer l'intransmissibilité de ces actions. Au contraire, quand il s'agit d'actions pénales unilatérales, leur but est bien de punir le coupable, mais en même temps d'indemniser la victime. Aussi, en les déclarant intransmissibles, a-t-on abouti à une injustice et à une incohérence.

Injustice, car les héritiers jouiront de tout le patrimoine du coupable sans réparer son dol. — Incohérence, car le dol contractuel dans les contrats de bonne foi oblige les héritiers pour le tout, et il arrive ainsi qu'on traite plus sévèrement le dol contractuel que le dol délictuel.

A ce point de vue de la transmissibilité, l'exception de dol se distingue essentiellement l'action de dol, car cette exception est toujours transmissible.

108. a) *Cas où la nature même de l'acte fait que l'héritier a un profit certain et où il sera toujours tenu pour le tout.*

Il nous reste à étudier le cas où l'enrichissement des héritiers du coupable ou bien se produira nécessairement par suite de la nature même de l'acte, ou bien n'aura lieu qu'éventuellement, et alors l'héritier sera — ou non — tenu d'une action qui, nous le savons, n'est pas l'action *de dolo* elle-même, mais simplement une action *in factum*.

Ce sont les cas où l'acte dolosif a procuré à son auteur un de ces avantages qui ont à coup sûr augmenté son patrimoine d'une valeur, de telle sorte qu'il est certain que l'héritier recueillera cette valeur, et, par conséquent, sera enrichi.

Gaius, dans la loi 28, au titre *De dolo*, nous cite comme exemple le cas d'une acceptilation extorquée par dol, mais ce n'est là qu'un exemple, et on peut dire que les cas de cette nature comprennent les actes juridiques que la victime aura accomplis elle-même sous l'empire du dol, et par lesquels elle se sera dépouillée elle-même. Par ces actes, les héritiers du coupable se trouvent enrichis, et seront tenus par l'action *in factum* de se replacer dans les liens de la

dette, dont leur auteur s'est fait libérer dolosivement.

On peut citer des cas analogues. Par exemple, le cas d'un simple pacte de remise consenti par dol. Mais ici l'action du créancier n'est que paralysée, et pourra être reprise après la mort du coupable. — De même, on peut citer le cas où l'auteur du dol se sera fait consentir une obligation non accomplie au moment de sa mort. — Ici, la partie lésée devra se contenter de l'*exceptio doli* pour repousser les héritiers.

109. b) *Cas où il pourra y avoir tantôt profit, tantôt non profit pour l'héritier.*

La loi 28, *De dolo*, nous cite ici l'exemple d'une tradition accomplie par dol; on pourrait dire que c'est aussi le cas d'une mancipation, mais, à l'époque de Justinien, il n'y a plus que la tradition.

La situation est la même que dans le cas précédent. Donc, si la chose existe encore dans le patrimoine du défunt au moment de sa mort, il y aura encore profit certain pour l'héritier qui sera tenu pour le tout.

Mais ici un accident peut avoir détruit le profit avant que l'héritier ne l'ait recueilli; dans ce cas, il ne sera pas tenu.

C'est dans des cas de ce genre, et surtout quand il s'agit de préjudice directement causé par le coupable, que la règle qui déclare les héritiers libérés faute de profit est souverainement injuste pour la partie lésée (1).

Il y a donc une différence importante entre les obligations *contractuelles*, où les effets du dol se transmettent toujours aux héritiers, — et les obligations *délictuelles* qui ne sont transmissibles qu'exception-

(1) Cf. *Supra*, n° 107.

nellement, et où il faut, pour que l'héritier soit tenu, que le profit existe vraiment. De telle sorte que l'on peut dire : « *l'obligation de l'héritier prend sa base non pas dans le dol, mais dans son profit personnel.* »

De là, les conséquences suivantes — conséquences injustes, mais nécessaires :

Si l'héritier a recueilli la chose, et que celle-ci ait péri AVANT la *litiscontestatio*, il ne sera pas tenu, car on peut dire que, dans ce cas, l'enrichissement n'existe plus pour lui. Cf. Loi 20, Dig., *Quod metus causa*, IV, 2.

De même, si la chose a péri par cas fortuit APRÈS la *litiscontestatio*, mais AVANT la *sententia*, et si, en outre, l'héritier n'est pas en demeure, malgré la *litiscontestatio*, il faut le déclarer libéré. — Or, est-il possible qu'on ne soit pas en demeure, malgré la *litiscontestatio* ? Oui, cela peut arriver, car la demeure suppose non-seulement le fait du demandeur, mais encore une résistance reconnue injuste de la part du défendeur. Donc, si l'héritier a des raisons sérieuses pour défendre son auteur, sa résistance ne sera pas injuste, et il pourra être considéré comme n'étant pas en demeure.

CHAPITRE II

De l'action « *in factum* » donnée contre les héritiers de l'auteur du dol.

110. Nous venons de voir que, dans certains cas, une action *in factum* pourra être délivrée contre les héritiers à raison du dol de leur auteur. Pour être complet sur cette matière, nous devons étudier en détail la nature et le fonctionnement de cette action *in factum*.

« Le procédé le plus fécond, dit M. Accarias (1), auquel le prêteur recourt pour créer des obligations, consiste à donner une action dans des cas où le droit civil n'en donne pas. »

Pour créer des actions, le prêteur emploie la forme *in factum*. On est en dehors du droit civil, on ne peut mettre un droit *in intentione*, aussi le prêteur se contente-t-il d'énoncer un fait. Mais la forme *in factum* n'est pas seulement employée par le prêteur pour créer une action en dehors de tous les types connus, elle est employée comme un des procédés d'extension d'une action de droit civil à des cas voisins, c'est-à-dire pour donner une action *utile*. Enfin, l'action *in factum* a une utilité toute spéciale : elle sert à compléter la théorie de l'action *de dolo*, elle est donnée là où l'action *de dolo* ne peut être employée. Voilà la triple utilité de l'action *in factum*.

C'est à ce dernier point de vue que nous nous place-

(1) Accarias. Tome II, n° 718.

rons. L'action *in factum*, donnée comme action subsidiaire de l'action *de dolo*, suit dans ses diverses applications des règles différentes. Il y a, en réalité, une foule d'actions *in factum*.

Au point de vue du dol, nous distinguerons deux groupes d'actions *in factum* :

1^{er} GROUPE : L'action *de dolo*, à cause de son caractère infamant, est refusée, nous l'avons vu, contre certaines personnes (1) ; par exemple, quand elle est dirigée par un affranchi contre son patron ; par un descendant contre son ascendant, etc... Jusqu'ici, l'idée est juste. On va plus loin, on refuse l'action de dol à un homme de condition vile contre un homme de condition plus relevée — à un prodigue ou à un débauché contre un homme irréprochable (1). — Dans tous ces cas, on donne l'action *in factum* afin d'éviter l'infamie au défendeur condamné. La formule de l'*intentio* ne mentionne pas le *dolus malus*. On dira, par exemple : « *Si paret rem bona fide non gestam esse.* » C'est ce que veut dire la loi 11, § 1, *De dolo*.

A quelles règles obéit cette action ? Il faut partir de cette idée que c'est l'action *de dolo* sous une forme mitigée et n'entraînant pas l'infamie. Il en faut conclure :

1^o Que l'action *de dolo* étant arbitraire afin que le défendeur puisse échapper à l'infamie, notre action n'est pas arbitraire, puisque le défendeur n'a pas à craindre l'infamie ;

2^o La condamnation sera égale à tout le préjudice causé, et non pas seulement au profit retiré. Il n'y a pas à argumenter en sens inverse de la loi 12, *De dolo*, qui n'a pas de sens précis. Il faut dire que si

(1) Loi 11, § 1. *De dolo malo*, IV, 3.

les convenances exigent que le défendeur n'encoure pas l'infamie, elles n'exigent pas que le demandeur subisse une perte; aussi faut-il qu'il obtienne une condamnation qui l'indemnise en entier;

3^o Comme l'action *de dolo*, l'action *in factum* s'éteindra par la mort du défendeur et par l'écoulement d'une année utile. Le but du prêteur est d'adoucir la situation du défendeur, ce but ne serait pas atteint si l'action était perpétuelle et donnée contre l'héritier de l'auteur du dol.

2^e GROUPE. — Dans bien des cas, il y a enrichissement d'une personne à la suite d'un dol, et l'action *de dolo* n'est cependant pas possible; on donne l'action *in factum*.

En voici des exemples :

L'auteur du dol s'est enrichi, mais n'a pas été poursuivi dans l'année utile par l'action *de dolo* (loi 35, Dig., *De oblig. et act.*, XLIV, 7). — Les héritiers de l'auteur du dol se sont enrichis, mais l'action *de dolo* étant pénale s'est éteinte par la mort du coupable (loi 35, Dig., *De oblig.*, XLIV, 4). — Tout administrateur de biens d'autrui qui commet un dol est tenu de l'action *de dolo*; quant à la personne dont les biens sont administrés, si elle a, à la suite du dol, été enrichie, l'action *in factum* est donnée contre elle (loi 15, §§ 1-2-3, *De dolo*, IV, 3).

Quelles sont les règles de cette seconde sorte d'action *in factum* ?

Il est certain que le *dolus malus* ayant été commis, il en est fait mention dans la formule. Mais tandis que, dans l'action *de dolo*, la formule doit exprimer que le dol est l'œuvre du défendeur; dans notre action *in factum*, on énoncera le dol en disant qu'il est l'œuvre du tuteur, du défunt, ou même du défendeur, mais en

ajoutant, dans ce dernier cas, que l'année utile est expirée (Loi 13. Pr., *De dolo*, IV, 3). Ce texte emploie le mot *de dolo* à tort, mais cela prouve qu'il figurait dans la formule.

Quant au caractère de l'action, il nous est révélé par la condamnation. Cette condamnation sera égale au profit retiré, et non pas au préjudice éprouvé. L'action tend donc uniquement à enlever au défendeur le profit, l'enrichissement réalisé par lui (loi 28, *De dolo*); et, par conséquent, elle n'est en rien pénale. Il faut en conclure qu'elle est perpétuelle, comme toute action réipersécutoire, et qu'elle est donnée contre les héritiers du défendeur.

Cette action *in factum* s'écarte donc profondément de l'action *de dolo*.

QUATRIÈME PARTIE

HYPOTHÈSES PARTICULIÈRES

QUATRIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Dol dans les rapports du pupille et du tuteur.

§ I. — *Dol du pupille.*

111. L'action de dol est-elle possible contre un pupille ?

Labéon ne l'avait pas admis (1) parce que le pupille n'est pas « *doli capax* » ; d'après lui, on ne pouvait poursuivre le pupille que du chef de son auteur « *nomine hereditario* », c'est-à-dire s'il avait succédé à l'auteur du dol. Et encore il ne pouvait être attaqué qu'à raison de son enrichissement et par une simple action *in factum* non infamante (2).

Or Ulpien rejette la doctrine de Labéon et il admet que le pupille peut être attaqué à raison de son dol personnel, parce que, selon lui, le pupille est *doli capax*, pourvu qu'il soit *proximus pubertati*.

Cette distinction, dit M. Girard (3), entre le pupille

(1) Loi 13, § 1. *De dolo. Dig.*, IV, 3.

(2) Excepté toutefois le cas où la *litiscontestatio* avait eu lieu du vivant de l'auteur du dol.

(3) Girard. *Dr. rom.*, p. 193, note 4.

« *pubertati proximus* » qui est *doli capax* et les *infantes* et *infantiæ proximi* qui ne le sont pas, n'a pas toujours existé et ne remonte peut-être pas au-delà de Julien. Dans le régime primitif des XII Tables, l'impubère est, sans question d'imputabilité, soumis au moins pour certains délits à des peines atténuées.

Donc, selon Ulpien, quand le pupille *pubertati proximus* est ainsi attaqué en son nom propre « *proprio nomine* », les règles ne sont pas les mêmes que s'il est attaqué « *hereditario nomine* ». Il est alors poursuivi pour le tout, *intra annum*, et par l'action *de dolo* elle-même. Ulpien ajoute : « surtout s'il s'est enrichi », mais cela n'est pas nécessaire. Voilà ce qui arrive si le pupille est « *pubertati proximus* ». S'il est au contraire « *infantiæ proximus* », il échappe à l'action *de dolo*, mais on lui fera restituer son profit par une simple action *in factum non infamante*.

Quel est le motif de cette règle ? Un texte nous l'apprend (1) en nous montrant qu'il y a certains faits dolosifs dont un pupille est capable. En voici deux exemples :

1° Le pupille a menti relativement à son tuteur « *de tutore mentitus* ». Ainsi il s'est fait passer pour pubère, ou bien il a présenté un complice comme étant son tuteur.

2° « *Si impetraverit a procuratore petitoris* ». C'est le cas où le pupille s'est entendu avec le mandataire du demandeur, qui connaissait son âge, pour obtenir son absolution. Nous retrouverons ce cas plus loin. Disons dès maintenant que l'action *de dolo* n'est possible contre le défendeur coupable de dol que si le

(1) Loi 14, Dig., *De dolo*, IV, 3.

mandataire est insolvable. Dans ce cas, le demandeur aura l'action *de dolo* contre le pupille qui, pourtant, pourra l'éviter en laissant recommencer le procès contre lui.

Cette loi 14 du titre *De dolo*, qui nous donne ces deux exemples, se termine en ajoutant qu'on peut trouver d'autres cas semblables « *quæ non magnam machinationem exigunt* ». On a voulu voir là une contradiction avec une autre loi du même titre qui exige pour le dol « *magnam... calliditatem.* » En réalité, il n'y a pas là contradiction. Notre loi signifie que certaines ruses n'exigent pas des combinaisons bien profondes de la part du pupille et sont susceptibles d'être accomplies par lui ; néanmoins il faudra que le dol commis soit d'une importance assez considérable.

Ainsi, dans chaque cas, il y aura lieu à une appréciation individuelle. On devra se demander si le pupille a pu se rendre compte de l'acte qu'on lui reproche : si oui, l'action *de dolo* sera donnée contre lui.

§ II. — *Dol du tuteur.*

Ce que nous venons de dire ne s'applique qu'au dol personnel du pupille, mais il faut se demander si l'on peut attaquer le pupille à raison du dol de son tuteur ?

Pour répondre à cette question, il faut faire la distinction suivante :

Ou bien le dol du tuteur s'est produit par des faits en dehors de sa tutelle ;

Ou bien le dol du tuteur a pu se produire à raison des faits de tutelle.

112. 1^{re} HYPOTHÈSE. — *Le dol du tuteur s'est produit dans un contrat passé par lui en dehors de ses pouvoirs comme tuteur.*

D'après Ulpien (1), le pupille sera poursuivi quand le dol du tuteur l'aura enrichi. Mais ce n'est pas l'action *de dolo* qui sera donnée contre lui. C'est une action *in fuctum* subsidiaire de l'action de dol, non infamante, limitée aux profits, et perpétuelle. Seulement cette action avait une ressemblance superficielle avec l'action *de dolo*, en ce sens que l'*intentio* de la formule devait mentionner le dol du tuteur, « *Si paret dolo malo tutoris rem gestam fuisse* », mais ce n'était pas l'action de dol qui n'est jamais donnée contre un tiers de bonne foi.

Quant à l'action *de dolo*, elle sera possible contre le tuteur seulement pour le surplus du préjudice causé, si ce préjudice dépasse le profit du pupille. Par conséquent, si le profit du pupille embrasse tout le préjudice, le tuteur sera complètement à l'abri. Enfin le pupille ainsi poursuivi n'aura pas de recours contre son tuteur, car il ne fait que perdre un profit tout à fait illégitime.

Jusqu'ici, pas de difficultés.

Mais supposons que le pupille n'ait pas du tout profité du dol de son tuteur, il semble qu'aucune action ne sera possible contre lui. Cela résulte *a contrario* de la loi 15, au titre *de dolo*, et d'autres textes formels : loi 198, Dig., L, 17 et loi 11, § 6, Dig, XLIII, 24.

A ces textes, pourtant, on pourrait en opposer d'autres qui jettent un doute sérieux sur la solution donnée par ceux que nous venons de citer. Tout

(1) Loi 15. *Proemium*, Dig., *De dolo*, IV, 3.

d'abord nous devons dire que ces textes ne visent pas l'action *de dolo*, ni l'action *in factum* dont il est question ici ; mais ils visent des hypothèses tout à fait analogues, des hypothèses de dol extra-contractuel et ils décident que le pupille peut être tenu, même sans enrichissement. Ainsi un texte suppose un pupille tenu de l'action *de peculio* ou *tributoria* par suite d'un contrat passé par son esclave. Or si, par le dol du tuteur, le pécule de l'esclave se trouve diminué ou frauduleusement distribué, le pupille pourra être tenu. Autre exemple : Un pupille est poursuivi parce qu'il détient certains objets ; or, si ces objets sont détruits par le dol du tuteur, le pupille sera poursuivi quand même.

Cependant Pomponius et Ariston, qui soutiennent (1) cette théorie, distinguent si le tuteur du pupille est solvable ou non.

Si le tuteur est solvable et s'il a fourni des fidéjusseurs solvables, Pomponius décide que le pupille sera tenu à raison de tout le préjudice causé par le dol du tuteur et même s'il ne s'est pas enrichi. En effet, dit notre jurisconsulte, le pupille ne souffrira pas, parce que le tuteur est solvable et qu'il a contre lui l'action *tutelæ directa*.

Au contraire, si le tuteur est insolvable, le pupille sera encore tenu, mais avec une restriction. Il ne sera tenu en effet que de céder à la partie lésée les actions en recours qu'il aurait contre son tuteur et c'est cette action que la partie lésée intentera contre le tuteur à la place de l'action *de dolo*.

Nous trouvons cette doctrine de Pomponius dans trois textes :

(1) En sens contraire : Papinien. Loi 3, Dig., XXVI, 9.

Loi 1, Dig., *Quando ex facto tut.*, XXVI, 9.

Loi 61, Dig., *De administ. et peric. tut.*, XXVI, 7.

Loi 3, § 1, Dig., *De trib. act.*, XIV, 4.

Ce système, en somme, avait l'avantage d'épargner l'action *de dolo*, et cela sans nuire au pupille ni à la partie lésée.

Or, cette théorie de Pomponius peut-elle être étendue à l'action *in factum* dont il est question plus haut ? En d'autres termes, faut-il donner cette action *in factum* contre le pupille, même s'il n'a pas profité, sauf son recours contre son tuteur ? Cette solution aurait l'avantage de n'entraîner l'infamie pour personne. Il est vrai que le tuteur serait tenu plus tard de l'action *tutelæ* qui est infamante ; mais, malgré cela, la situation du tuteur serait encore préférable, car si le pupille a déjà payé, ou s'il a cédé son action, il n'est guère probable que plus tard le tuteur tente de résister à l'action *tutelæ*, parce que la cession ou le paiement fait par le pupille suppose que le dol du tuteur a déjà été établi, et alors pourquoi résisterait-il ? Donc, que décider ?

Papinien, nous l'avons vu, se déclarait pour la négative. — Mais que dire d'Ulpien, l'auteur de notre loi 15, au titre *De dolo* ? Sans doute, s'il avait admis la doctrine de Pomponius, on pourrait essayer de l'étendre à l'action *in factum*. Mais, parmi les textes du Digeste, les uns (1) paraissent indiquer qu'Ulpien avait adopté l'opinion de Pomponius, et les autres (2) semblent dire qu'il ne l'admettait pas. — On a expliqué cette contradiction apparente en disant qu'Ulpien avait commencé par admettre les idées de Papinien

(1) Loi 21, Dig., XV, 1, et loi 1, § 6, Dig., XLIII, 4.

(2) Loi 15, *Pr. Dig.*, IV, 3, et loi 4, Dig., XXVI, 9.

qui refuse toute action contre le pupille quand il n'a pas profité ; puis, frappé du résultat pratique de la doctrine de Pomponius, il s'y serait rallié plus tard.

— Enfin, pour être complet, mentionnons un dernier texte : la loi 3, § 1, Dig., XIV, 4, qui semble indiquer qu'Ulpien n'aurait admis la théorie de Pomponius qu'à demi, en ce sens que le pupille, s'il n'a pas profité du dol, sera tenu seulement de céder ses actions, même si son tuteur est solvable. On a expliqué ceci en disant qu'Ulpien a commencé par faire cette première concession à la théorie de Pomponius, et que, plus tard seulement, il s'y serait complètement converti.

Malgré tout, il nous semble impossible d'appliquer cette doctrine de Pomponius à l'hypothèse que nous étudions, et nous décidons qu'on ne devra pas étendre l'action *in factum* pour le cas où le pupille n'a pas profité, sauf son recours contre son tuteur solvable.

Il y a, en effet, une différence essentielle :

Dans les hypothèses visées par Pomponius (1), il y a déjà une action possible contre le pupille : c'est d'abord l'action *de peculio* ou *tributoria* si son esclave s'est obligé, ou la pétition d'hérédité s'il est déjà possesseur ; et cette action est donnée en vertu d'une *cause autre que le dol de son tuteur*. Et l'on conçoit que le pupille reste tenu de cette action, quand, par le dol de son tuteur, le pécule sera diminué, car il y a une cause de droit commun qui permet de donner l'action contre lui.

Au contraire, dans notre hypothèse, la situation est absolument différente. En effet, à part le cas d'enrichissement du pupille, on ne voit ici aucun principe

(1) Cf. *Supra*.

d'action contre lui, et ce serait uniquement pour épargner l'action *de dolo* au tuteur qu'on étendrait ainsi le cas. Cette extension serait injuste et anti-juridique; l'action n'aurait aucune base légale, car il n'y a pas eu enrichissement.

Par conséquent, nous repoussons toute extension et nous donnons l'action *in factum* contre le pupille seulement quand il sera enrichi. D'ailleurs, la doctrine de Pomponius est sujette à critique, car le tuteur peut devenir insolvable après son dol, et le pupille alors en souffrira, son action contre lui devenant illusoire.

En résumé, tous les jurisconsultes sont d'accord pour donner l'action *in factum* contre le pupille à raison du dol du tuteur, s'il est prouvé que le pupille s'est enrichi — sinon il faut refuser l'action. — Quant à l'action qu'accorde Pomponius, ce n'est pas la même, et, pour Ulpien, il semble s'être rangé à l'opinion de Pomponius, mais pour des hypothèses étrangères à celles que nous étudions.

113. 2^e HYPOTHÈSE. — *Le dol commis par le tuteur s'est produit dans la limite de ses pouvoirs comme tuteur, par exemple, dans un contrat passé par lui.*

Cette hypothèse donne lieu à une controverse.

Suivant une première opinion, la tutelle une fois expirée, le pupille doit être responsable pour le tout du dol contractuel de son tuteur, même si lui, pupille, n'a pas profité, et même si le tuteur est solvable ou non, — sauf, bien entendu, son recours contre le tuteur.

La raison de cette opinion c'est, dit-on, qu'il est de principe que, dans les actes d'administration, le tuteur agit valablement, en ce sens qu'il agit dans la limite

de ses pouvoirs. Et l'on admettait que non-seulement le pupille ne pouvait répudier ces actes, mais même que les contrats passés par le tuteur donnaient lieu à une sorte de représentation imparfaite du pupille. Et, alors, on arrivait à donner contre le pupille l'action du contrat, à titre d'*action utile*, quand le contrat n'avait pas encore été exécuté avant la fin de la tutelle.

Ce système s'appuie sur la loi 4, § 1, Dig., XXI, 2, où l'on voit Ulpien critiquer Papinien qui pensait que le pupille ne devait être tenu que dans la mesure de son profit. Or, Ulpien, au contraire, veut qu'il soit tenu pour le tout.

Nous croyons cette opinion peu exacte.

D'abord, s'il est vrai de dire que le tuteur a agi valablement dans la limite de ses pouvoirs, cela doit s'entendre seulement des actes qu'il passe de bonne foi, car le mandat ne peut aller jusqu'à la fraude. C'est ce que nous dit la loi 12, § 1, Dig., XXVI, 7. Aussi, nous préférons une seconde opinion, d'après laquelle, en principe, le pupille ne doit pas être poursuivi à raison du dol contractuel de son tuteur, et qu'il ne doit être tenu que dans la mesure seulement de son profit. Ce système s'appuie sur deux textes. C'est la loi 13, § 7, Dig., XIX, 1. Ulpien y suppose qu'un tuteur a vendu dolosivement une *res pupilli*, et il décide que le pupille ne sera tenu que « *quatenus locupletior* ». De telle sorte que si le tuteur a vendu au-delà de la valeur réelle et que le pupille soit poursuivi par l'action *ex empto utilis*, il ne sera tenu que s'il a profité de cette vente. C'est, en second lieu, la loi 10, § 5, Dig., XLII, 8, qui prouve que le pupille n'est pas engagé dans les actes accomplis de mauvaise foi.

Cette loi se termine par ces mots : « *sicut exceptio datur* ». Cette expression signifie que l'*exceptio doli*

est opposable au pupille à raison du dol de son tuteur. Supposons un contrat passé dolosivement par le tuteur : si, à l'expiration de la tutelle, le pupille prétend intenter l'action de son contrat, le défendeur opposera l'*exceptio doli*, et le mineur pourra être débouté totalement.

1^o S'il s'agit d'un dol principal, le pupille sera repoussé pour le tout. En effet, le pupille, en s'appropriant le contrat passé par son tuteur, doit être passible des mêmes exceptions que lui. De plus, il y a ici un dol personnel de la part du pupille dans le fait de vouloir agir en vertu d'un pareil contrat. (Cf. loi 4, §§ 23 et 24, Dig., XLIV, 4.

2^o Si le dol est simplement incident, il en sera de même. Par exemple, le tuteur a vendu dolosivement pour 150 une chose qui ne valait que 120. Alors, si le la pupille intente l'action *venditi* pour se faire payer 150, il sera repoussé par l'*exceptio doli*, et il perdra toute sa créance. — Il faut supposer, bien entendu, qu'il y ait dol de la part du mineur, c'est-à-dire que celui-ci connaisse le dol de son tuteur. Autrement, le dol n'existant pas, l'exception de dol ne produirait aucun effet, et le mineur obtiendrait la valeur de sa chose, mais seulement cette valeur.

CHAPITRE II

Dol des « alieni juris ».

§ I. — *Dol de l'esclave.*

114. Il est de principe que l'esclave ne peut ni intenter une action, ni être poursuivi par une action quelconque ; il ne peut donc intenter l'action *de dolo*, et elle ne peut être donnée contre lui. Mais, s'il commet un dol, une action pourra-t-elle être donnée contre son maître, et quelle sera cette action ?

Ce point est étudié dans la loi 9, § 4, *De dolo, in fine*. Mais, avant d'entrer dans le vif de la question, il est nécessaire de dégager les difficultés que soulève le commencement de ce texte :

« *Et si servum pigneratum noxæ mihi dederis per judicem, et ita absolutus, de dolo teneris, si apparuerit esse eum pignori datum.* »

On commence par supposer qu'une action noxale a été dirigée contre le maître de l'esclave pour un fait illicite quelconque, et le maître attaqué *noxaliter*, usant de son droit, a fait abandon noxal *in judicio* en vertu du *jussus judicis*, par conséquent, AVANT toute condamnation prononcée contre lui. Il a ainsi obtenu son absolution. Seulement, le texte ajoute que l'esclave abandonné se trouve être *pigneratus*, c'est-à-dire grevé d'un droit réel de gage ou d'hypothèque, et il décide que la partie lésée aura droit à une indemnité à raison du préjudice que peuvent entraîner les

poursuites du créancier hypothécaire. Pour obtenir cette indemnité, la victime aura contre le maître l'action *de dolo*, s'il appert que ce dernier avait connaissance de l'hypothèque.

Une objection se présente immédiatement. Comment imaginer un préjudice, puisqu'une fois en possession de l'esclave, la victime du délit aura le droit de repousser l'action du créancier hypothécaire tant que celui-ci n'aura pas remboursé la valeur du préjudice causé? (Cf. loi 17, § 2, Dig., VII, 1). A quoi bon alors l'action de dol?

On peut répondre à cette objection que la seule possibilité d'une éviction constitue à elle seule un préjudice suffisant, puisque la propriété est incertaine.

Mais cette première partie du texte soulève, en outre, deux difficultés :

1^o C'est tout d'abord une loi 69, Dig., XLVI, 3, qui semble en opposition complète. Elle accorde, en effet, contre le maître, l'action *judicati* et non pas l'action *de dolo*, quoique le cas qu'elle examine paraisse être le même que celui de notre texte. Mais ce n'est là qu'une apparence de contradiction, et, en réalité, il n'y a pas d'opposition, car les circonstances ne sont pas absolument les mêmes. La loi 69 suppose qu'il y a eu un jugement de condamnation contre le maître, ayant fait l'abandon noxal, seulement APRÈS et non pas AVANT la condamnation. Cela ne peut avoir lieu que dans le cas des actions noxales, parce que l'abandon noxal est une *facultas solutionis* (Cf. Institutes, IV, 17, § 1.) Dans les autres actions arbitraires, on ne peut plus exécuter le *jussus judicis* APRÈS la condamnation. — Ainsi, l'on comprend très bien la différence. Dans le cas de notre texte, l'action *judicati* n'est pas possible, puisqu'il n'y a pas eu jugement.

2° L'action *de dolo* se comprend très bien, si l'on suppose que le *judicium* était *legitimum*, car alors il a éteint *ipso jure* l'action noxale. Mais si le *judicium* était *imperio continens* l'action noxale n'a été éteinte qu'*exceptionis ope*, elle n'est que suspendue ou paralysée ; et alors l'action *de dolo* se comprend moins, parce que la partie lésée pourra renouveler son action noxale, puis opposer une *replicatio doli* à l'exception *rei judicatæ* du maître.

Que répondre à cela ?

Sans doute, il faut admettre que l'ancienne action noxale pourra être reprise, mais l'exception *rei judicatæ* du maître ne pourra pas être repoussée par la *replicatio* du dol, pour cette raison bien simple qu'il n'y a eu aucun dol dans l'exécution du *jussus judicis*.

Dans tout ceci, il faut supposer qu'au moment de l'abandon il n'y a pas eu *cautio de dolo*. Car, alors, il y aurait lieu à l'action *ex stipulatu*, et non pas à l'action de dol.

Arrivons maintenant à la question que nous avons posée au début de cette matière. La partie finale du texte s'occupe de déterminer les conséquences que les actes dolosifs des esclaves peuvent avoir par rapport à leur *paterfamilias*. Et voici ce que dit le texte : « *Ideo Labeo quoque... scribit de dolo actionem servi nomine, interdum de peculio, interdum noxalem dari...* » Labéon écrit que l'action pouvait être donnée *de dolo* contre le maître, tantôt à titre d'action *de peculio*, tantôt à titre d'action *noxale*.

Reprenons ces deux points :

1° Que l'action soit donnée contre le maître à titre noxal, c'est l'application des principes ; car l'action *de dolo* étant pénale *a parte rei* rentre dans le cadre

des actions délictuelles qui sont données *noxaliter* contre le *paterfamilias*. A ce point de vue noxal, l'action *de dolo* est traitée comme les actions *pénales bilatérales*. Pas de difficultés sur ce point.

2^o Mais s'il est facile de considérer l'action *de dolo* donnée *noxaliter*, il est difficile de la considérer comme donnée à titre d'action *de peculio*.

Il est de principe, en effet, que les seules actions données *de peculio* sont seulement les actions résultant des obligations des esclaves nées *ex contractu* ou *quasi ex contractu* (1); et, par conséquent, là où l'action noxale est possible, l'action *de peculio* ne l'est pas, et réciproquement. Comment donc expliquer notre texte ?

Il faut l'interpréter en ce sens que les mots « *de dolo actionem* » ne doivent pas être traduits par « action de dol ». La suite du texte le prouve. Il y est dit : « L'action sera donnée *de peculio* si la matière est de celles où l'action peut être donnée ainsi. » Or, la matière des délits est de celles où l'action *de peculio* n'est pas possible ; il ne peut donc être question ici de l'action *de dolo*. Aussi nous traduirons : « Labéon écrit qu'une action pourra être donnée *de dolo*, c'est-à-dire à raison du dol de l'esclave contre son maître, tantôt *de peculio*, tantôt *noxaliter*. »

Et alors on comprend le texte. Si l'action est donnée *noxaliter*, ce sera l'action de dol elle-même ; si elle est donnée *de peculio*, ce ne sera plus l'action de dol, mais une action de la nature de celles qui sont possibles *de peculio*, c'est-à-dire une action contractuelle ou quasi-contractuelle. Et, pour cela, il faudra supposer que l'esclave a commis un dol dans l'exécution

(1) Accarias. Tome II, § 881, sqq.

d'un contrat. Dans ce cas, en effet, on a l'action même du contrat pour obtenir réparation du dol. Cette action sera donnée contre le maître *à raison du dol de l'esclave, de dolo servi*, mais elle sera donnée *de peculio* (Cf. loi 3, §§ 4 et 5, Dig., XIII, 17. — Loi 1 § 42, Dig., XVI, 3).

En résumé, il faut séparer nettement les deux décisions contraires. C'est seulement en matière de dol contractuel que l'action *de peculio* sera donnée contre le maître, mais ce sera l'action du contrat. Quant à l'action prétorienne *de dolo*, elle ne sera donnée que si le dol a eu lieu en dehors du contrat, et, dans ce cas, elle sera délivrée *noxaliter*.

De tout cela, il résulte une incohérence en ce qui concerne la mesure de la réparation obtenue par la partie lésée. En effet, s'il s'agit de l'action *de peculio*, la victime sera indemnisée sur toute la valeur du pécule ; tandis que, s'il s'agit de l'action *de dolo* noxale, la victime devra se contenter de la valeur de l'esclave abandonné : valeur qui sera inférieure à celle du préjudice causé, sans quoi le maître ne l'abandonnerait pas. Si bien que le dol contractuel sera réprimé plus sévèrement que le dol délictuel. C'est une incohérence, il est vrai, mais c'est une conséquence du caractère pénal de l'action de dol.

Cependant, on a voulu échapper à cette conséquence, et certains interprètes ont essayé de démontrer que l'action *de dolo* pouvait être quelquefois donnée *de peculio*. Mais les hypothèses présentées sont très spéciales et n'ont pu exister dans la pensée de Labéon. De plus, ces hypothèses ne paraissent pas exactes. Les voici :

1^o Ceux qui prétendent qu'un contrat de bonne foi est inexistant pour cause de dol principal citent le cas

où une vente aura été provoquée par le dol d'un esclave. La vente étant inexistante, dit-on, l'action *venditi* ne pourra s'exercer, et l'on prétend alors que le vendeur, pour remplacer l'action *venditi*, aura l'action *de dolo*, laquelle lui sera donnée *de peculio*, comme l'eût été l'action *venditi*.

Ce raisonnement est faux. Car, si, d'après ce système, il n'y a pas de contrat, il semble qu'on ne peut pas donner une action soumise à des règles contractuelles. Et, d'ailleurs, la vente n'est pas inexistante comme nous l'avons vu (Cf. *Supra*, n° 71).

2° Une autre hypothèse est tirée de la loi 5, § 3, Dig., XIX, 5. Il s'agit d'un *negotium facio ut des*, et certains jurisconsultes ne voyant pas là un contrat innommé accordaient l'action *de dolo*. Or, dit-on, c'est précisément le cas où l'esclave ayant fait le *negotium*, l'action *de dolo* serait donnée contre le maître *de peculio*; car alors l'action de dol remplace une action contractuelle dans l'opinion de ces jurisconsultes.

Cette explication n'est pas admissible, car s'il est exact que l'action *de dolo* ait été donnée dans des cas où, plus tard (1), on reconnut qu'il y avait contrat innommé, sanctionné par l'action *præscriptis verbis*, aucun texte ne permet de penser que cette action *de dolo* ait été donnée *de peculio*, c'est-à-dire contrairement aux principes.

(1) Cf. Compte-rendu de la thèse de M. Appleton. Revue historique de droit français et étranger.

§ II. — *Dol des enfants en puissance.*

115. Les principes que nous venons d'exposer sont vrais dans leur généralité ; en quelques mains que se trouve le pécule, mais selon qu'il appartient à un esclave ou à un fils de famille, leur portée et leur sphère d'application ne sont pas exactement les mêmes (1). A la différence de l'esclave, l'enfant en puissance peut être poursuivi en justice par voie d'action directe, soit délictuelle, soit contractuelle. Quant aux biens, dit M. Girard (2), il n'est pas douteux qu'en droit classique, le fils est, à la différence de l'esclave, capable de figurer en son nom propre dans les actes juridiques, activement et passivement. Sa capacité de s'obliger est attestée, sinon pour la fille, que son sexe frappe d'une incapacité de fait, au moins pour le fils, par des textes formels qui semblent même impliquer contre lui la possibilité de poursuites judiciaires durant la puissance (Cf. loi 39, *De oblig. et act.*, Dig., XLIV, 7). De telle sorte qu'en subissant une condamnation même fondée sur un délit, le délit de dol par exemple, le fils de famille oblige très régulièrement son pécule. Dès lors, dans le cas d'un dol commis par un enfant en puissance, la victime aura deux débiteurs : le fils, qu'elle peut poursuivre par voie d'action directe, et le père, qu'elle peut poursuivre par la même action, donnée, dit-on, comme action *adjectitice qualitatis* (2).

(1) Accarias. Précis, II, n° 881.

(2) Girard. *Op. cit.*, p. 133.

CHAPITRE III

Pluralité d'auteurs du dol.

116. « *Si plures dolo fecerint, et unus resti-*
« *tuerit ; omnes liberantur : quod si unus, quanti*
« *ea res est, præstiterit, puto adhuc cæteros*
« *liberari* ». Loi 17, *Pr.*, *De dolo*.

Nous supposons que le dol a été commis par plusieurs personnes. Disons tout de suite que le demandeur pourra, à son choix, poursuivre chacun des coupables pour le tout et sans recours des uns contre les autres. Mais la question est de savoir si les condamnations doivent se cumuler ? Sur ce point, il y a des raisons de douter assez graves, parce que l'action *de dolo* est à la fois *pénale* et *persécutoire*, mais non pas *mixte*. Elle est pénale du côté du défendeur et persécutoire du côté du demandeur. Or, suivant qu'on s'attache à l'un ou à l'autre de ces deux caractères, on aboutit à un résultat différent. Dans les actions pénales, en effet, il est de règle que les condamnations se cumulent : par exemple dans l'action *furti*. Au contraire, dans les actions persécutoires, la règle est le non cumul des condamnations. Quel est donc celui de ces deux caractères qui doit prévaloir dans l'action *de dolo* ? Sera-ce le caractère pénal ou le caractère persécutoire ? Les jurisconsultes distinguent et font prévaloir tantôt l'un, tantôt l'autre, suivant les points de vue.

S'agit-il du point de vue du défendeur ? C'est le caractère pénal qui prévaut, et on en conclut que

l'action sera donnée contre le coupable, même s'il n'a pas profité du dol, et qu'elle sera intransmissible contre ses héritiers.

Au contraire, si l'on se place au point de vue du demandeur, c'est le caractère persécutoire qui domine.

C'est ce point de vue qui doit l'emporter pour résoudre la question du cumul des condamnations. En effet, si l'on admet le cumul, le défendeur se trouvera plus sévèrement puni, c'est certain ; mais, d'autre part, le demandeur se trouvera enrichi : résultat absolument contraire au but de l'action, qui est seulement d'indemniser le demandeur. Au contraire, on évite ce dernier résultat en admettant le non-cumul et le défendeur se trouve néanmoins suffisamment puni puisqu'il sera poursuivi pour le tout *intra annum*, même s'il n'a pas profité du dol. S'il y a plusieurs co-délinquants, dit M. Gérardin, tous seront responsables *in solidum*, tous devront la peine ; mais quand l'un d'eux aura indemnisé complètement le créancier, le droit et l'action que ce dernier avait contre les autres s'évanouiront. Aussi est-ce cette seconde solution que le texte adopte.

Nous dirons donc que nous avons, dans cette hypothèse, dette solidaire et non pas dette cumulative. Mais c'est la dette simplement solidaire et non la dette *corréale*, car la corréalité suppose toujours un accord de volontés (1).

Puisque ce n'est pas une dette corréale, il en résulte que la *titiscontestatio* faite avec l'un des coupables

(1) Gérardin. Etude sur la Solidarité. Nouv. Rev. hist. du droit franç. et étrang., 1884, p. 237, sqq., et 1885, pp. 137 et 385.

Adde : Hauriou. Origine de la corréalité. Nouv. Rev. de dr. franç., 1882, p. 249, sqq.

Cf. Demangeat. Des oblig. solidaires en dr. rom.

ne libère pas les autres. C'est le paiement seul qui les libérera.

117. Cette règle que pose notre texte est applicable dans toutes les actions pénales unilatérales, sauf une. Ainsi elle est appliquée dans l'action contre un *falsus tutor*. Loi 7, § 4, Dig., XXVII, 6. De même dans l'action contre ceux qui par dol ont empêché une comparution en justice. Loi 1, § 4, Dig., II, 10.

C'est la même règle qu'on voit appliquée dans l'action *quod metus causa*. Loi 14, § 15, Dig., IV, 2.

Cette application de la règle est remarquable ici, parce que l'action *quod metus causa* est mixte. Or, on sait que l'action mixte comprend deux parties, l'une destinée à indemniser, l'autre à enrichir le demandeur, et ces deux parties se cumulent. S'il n'en est pas ainsi pour l'action *quod metus causa*, cela tient à un motif spécial, c'est que cette action n'est pas mixte à priori, mais seulement *ex contumaciâ*, c'est-à-dire dans le cas seulement où le défendeur a refusé d'exécuter le *jussus judicis*, sinon elle est *pénale unilatérale*, et dès que l'un a payé, tous les autres sont libérés.

Il n'y a qu'une action, avons-nous dit, qui fasse exception à la règle. C'est l'action de la loi Aquilia. Elle est mixte le plus souvent, mais, quelquefois aussi, pénale unilatérale, et les textes décident que, dans ce dernier cas, les condamnations se cumulent, même pour la partie qui représente l'indemnité.

Ceci s'explique par une raison historique. Dans le principe, l'action *legis Aquiliæ* fut considérée comme une action exclusivement pénale (1). Plus tard seule-

(1) Cf. Accarias. Tome II, p. 670.

ment on finit par la considérer comme mixte dans le cas où, soit dans les trente jours, soit dans l'année antérieure, la chose avait eu une valeur plus grande qu'au jour du délit. On admit alors qu'elle ne pourrait pas se cumuler avec une autre action persécutoire quant à l'indemnité. Mais les jurisconsultes s'arrêtèrent là et conservèrent la règle du cumul des condamnations (Cf. loi 11, § 2, Dig., IX, 2), en cas de pluralité d'auteurs du *damnum injuria datum*.

Revenons à notre texte. Il donne deux décisions, mais il n'est pas aussi affirmatif sur l'une que sur l'autre.

1° Si l'un des coupables a rendu la chose elle-même, tous les autres sont libérés. Ulpien le déclare très nettement.

2° Si l'un des défendeurs attaqué, au lieu de rendre la chose elle-même, s'est laissé condamner *quantum ea res est* et a payé la *litisæstimatio*. Ulpien déclare encore que tous les autres sont libérés ; mais il est moins catégorique, aussi emploie-t-il simplement le mot « *puto* ».

Y avait-il donc des raisons de douter ?

Certainement, car dans ce dernier cas le demandeur obtient seulement la valeur de sa chose et non pas la chose elle-même. On peut donc dire qu'il n'est pas complètement indemnisé. Or, comme la sentence n'a pas nové l'obligation par rapport au défendeur condamné, il semble que les autres doivent rester tenus jusqu'à ce que la chose soit complètement restituée. De là le doute qu'indique le verbe « *puto* ». Pourtant le texte a raison en principe de les déclarer libérées, car le demandeur, ayant la valeur de sa chose, est en somme désintéressé, et si on lui permettait de poursuivre les autres auteurs du dol, cette poursuite ne

pouvant aboutir qu'à une condamnation pécuniaire, il se trouverait enrichi, ce qui ne doit pas être.

A cette décision il faut faire une restriction importante. Dans le cas où le défendeur condamné se trouverait insolvable et ne pourrait payer le montant intégral de la *litisæstimatio*, on doit admettre que le demandeur pourra se retourner contre les autres et les faire condamner pour tout ce qu'il n'aura pu obtenir du premier défendeur. Cf., loi 15, Dig., IV, 2 et loi 8, Dig., XXVII, 6. Les décisions de ces lois, qui confirment ce qui précède, doivent être appliquées ici, car nous sommes, en matière de dettes, simplement solidaires, et il est de principe que ni la *litiscontestatio*, ni la *sententia* prononcée contre un des débiteurs, ne libère les autres. Il faut pour cela un paiement, et un paiement intégral.

On doit même aller plus loin, en vertu du même principe. Supposons qu'avant le paiement de la *litisæstimatio* par le défendeur condamné, la chose soit arrivée aux mains de l'un des autres défendeurs ; le demandeur pourra alors laisser de côté celui contre lequel il a obtenu condamnation et attaquer le nouveau possesseur de la chose. En effet, tant qu'il n'y a pas eu paiement, l'action n'est pas éteinte contre les autres auteurs du dol et le demandeur a un intérêt légitime à attaquer le possesseur, qui rendra peut-être la chose elle-même plutôt que de se laisser condamner à une somme d'argent. Seulement le juge, en vertu de son *officium*, aura à prescrire au demandeur, comme condition préalable, de faire au premier défendeur remise de la créance résultant du jugement obtenu contre lui. Cette remise pourra s'opérer soit par une *acceptilatio* précédée d'une novation, soit par le mode que Gaïus nous indique : *solutio per aes*

et libram (1), mode de paiement fictif, applicable à certaines dettes et spécialement aux dettes résultant de condamnations.

Vu :

F. DESSERTAUX.

Vu : *Le Doyen de la Faculté de Droit*

de l'Université de Dijon,

E. BAILLY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Dijon, le 23 juillet 1897.

Le Recteur de l'Académie,

GASTON BIZOS.

(1) Gaius. Comment., III, §§ 175, 178.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION.....	v
PREMIÈRE PARTIE. — Définition et Notions historiques.....	1
CHAPITRE I. — <i>Notion du dol</i>	3
CHAPITRE II. — <i>Tableau des moyens de répression du dol à l'époque classique</i>	9
CHAPITRE III. — <i>De l'ordre historique dans lequel ont été introduits les différents moyens de répression du dol</i>	12
DEUXIÈME PARTIE. — Etude des moyens spéciaux de répression du dol.....	35
CHAPITRE I. — <i>Théorie de l'action de dol</i>	37
Section I. — Généralités.....	37
Section II. — Caractères de l'action de dol.....	42
1. Caractères généraux.....	42
2. Caractère arbitraire.....	54
3. Caractère subsidiaire.....	66
Section III. — Du rôle de l'action de dol.....	91
CHAPITRE II. — <i>De l'exception de dol</i>	93
§ 1. — Caractères.....	93
§ 2. — Effets généraux.....	96
§ 3. — Application de l'exception de dol en matière de compensation. — Rescrit de Marc-Aurèle.....	107

	Pages
CHAPITRE III. — <i>De la Restitutio « in integrum ».</i> — <i>Son concours avec l'action de dol.</i>	116
TROISIÈME PARTIE. — Effets du dol	127
TITRE I. — DOL DANS LA FORMATION D'UN ACTE JURIDIQUE.	129
CHAPITRE I. — <i>Contrats</i>	129
Section I. — Dol émanant de l'une des parties	130
Section II. — Dol émanant des tiers.....	149
CHAPITRE II. — <i>Actes juridiques autres qu'un contrat.</i> ..	151
§ 1. — Acceptilation obtenue par dol.....	151
§ 2. — Absolution en justice obtenue par dol.....	153
§ 3. — Dol en matière d'hérédité	160
1. Successions en général	160
2. Détournement de testament.....	164
3. Hypothèse de la loi Falcidie.....	168
4. Exécution d'un testament.....	170
TITRE II. — DOL DANS L'EXÉCUTION D'UNE OBLIGATION ..	173
CHAPITRE I. — <i>Dol émanant de l'une des parties.</i>	173
Section I. — Contrats de droit strict.....	173
Section II. — Contrats de bonne foi.....	179
Section III. — Hypothèses particulières	181
CHAPITRE II. — <i>Dol émanant des tiers</i>	195
TITRE III. — DOL EN DEHORS DE TOUTES RELATIONS D'OBLIGATION	205
CHAPITRE I. — <i>Dol dans les rapports du nu-propriétaire et de l'usufruitier</i>	205
CHAPITRE II. — <i>Dol entre personnes juridiquement étran- gères l'une à l'autre.</i>	212
TITRE IV. — CONDITION JURIDIQUE DES HÉRITIERS DE L'AUTEUR DU DOL.....	216
CHAPITRE I. — <i>Des héritiers de l'auteur du dol</i>	216
CHAPITRE II. — <i>De l'action « in-factum » donnée contre les héritiers de l'auteur du dol.</i>	223

QUATRIÈME PARTIE. — Hypothèses particulières	227
CHAPITRE I. — <i>Dol dans les rapports du pupille et du tuteur</i>	229
§ 1. — Dol du pupille	229
§ 2. — Dol du tuteur	231
CHAPITRE II. — <i>Dol des « alieni juris »</i>	239
§ 1. — Dol de l'esclave	239
§ 2. — Dol des enfants en puissance	245
CHAPITRE III. — <i>Pluralité d'auteurs du dol</i>	246

